

**KATHOLIEKE UNIVERSITEIT LEUVEN**  
**FACULTEIT RECHTSGELEERDHEID**



# **Geheimhoudingsovereenkomsten**

KEN ANDRIES

Promotor: Prof. dr. Bernard Tilleman  
Copromotor: Prof. dr. Alain-Laurent Verbeke

Proefschrift tot het  
verkrijgen van de  
graad van Doctor  
in de Rechten

2010-2011



<b>I. Inleiding.....</b>	<b>1</b>
<b>II. Totstandkoming van de geheimhoudingsplicht .....</b>	<b>9</b>
1. Inleiding .....	9
1.1 Gestandaardiseerde technieken voor contractsluiting.....	10
1.2 Doelstelling van deze technieken.....	15
2. Aanbod.....	36
2.1 Bestemming van de mededeling .....	43
2.2 Tijdstip van de mededeling .....	45
2.3 Manier waarop de mededeling moet gebeuren .....	50
2.3.1 Redelijke mogelijkheid tot kennisname.....	50
2.3.2 Consulteerbaarheid .....	55
2.3.3 Zichtbaarheid .....	59
2.3.3.1 E-maildisclaimer .....	60
2.3.3.2 Eula .....	62
2.3.3.3 Bord, affiche of stempel.....	64
2.3.4 Verstaanbaarheid.....	65
3. Aanvaarding .....	67
3.1 Persoon van wie de aanvaarding kan uitgaan .....	68
3.2 Tijdstip van de contractsluiting.....	71
3.3 Wijze van aanvaarding.....	73
3.3.1 Algemeen .....	73
3.3.2 Stilzwijgende aanvaarding .....	85
4. Bijzondere problemen inzake de kennisname of aanvaarding.....	98
4.1 Mogelijkheid tot contractweigering.....	98
4.2 Stijlclausules .....	101
4.3 Clausules inzake kennisname en aanvaarding .....	105
4.4 Onduidelijkheid over de aanvaarde inhoud van de overeenkomst .....	106
4.5 Voorbehouden bij de aanvaarding .....	108
4.6 Formulierenstrijd.....	110
5. Besluit .....	114
<b>III. Partijen bij de geheimhoudingsplicht.....</b>	<b>116</b>
1. Inleiding .....	116
1.1 Hoedanigheid van partij of derde bij de overeenkomst .....	116
1.2 Betrokkenheid van derden bij de overeenkomst.....	119
1.3 Overdracht van de overeenkomst of clause in het gemene contractenrecht .....	120
1.3.1 Overdracht onder bijzondere titel .....	120
1.3.2 Overdracht onder algemene titel.....	124
1.4 <i>Intuitu personae</i> karakter als rem op de overdracht van contractuele bestanddelen en bescherming tegen identiteitswijzing van de medecontractant .....	125
1.4.1 Definitie en vaststelling van het <i>intuitu personae</i> karakter .....	125
1.4.2 Gradaties in het <i>intuitu personae</i> karakter.....	128
1.4.3 Mogelijke rechtsgevolgen van het <i>intuitu personae</i> karakter .....	130
1.4.4 Rechtsgevolgen op het vlak van de contractsluiting.....	133
1.4.5 Rechtsgevolgen op het vlak van de overdracht.....	133
1.4.5.1 Overdracht onder bijzondere titel .....	133
1.4.5.2 Overdracht onder algemene titel.....	134
1.4.5.3 Overdraagbaarheid van postcontractuele geheimhoudingsplichten .....	135

1.4.5.4 Overdracht meesterschap van het geheim.....	140
2. Partijuitbesteding .....	143
2.1 Inschakeling van uitvoeringsagenten .....	143
2.2 Afspraken over het recht om de informatie door te geven.....	147
3. Partijtoevoeging: wettelijke beperkingen die voortvloeien uit de hoedanigheid van partijen.....	150
3.1 Werknemer als partij bij een arbeidsovereenkomst .....	151
3.1.1 Geheimhoudingsafspraken met werkgever .....	152
3.1.2 Geheimhoudingsafspraken tussen werknemer en derde-meester van het geheim .....	159
3.2 Consument als contractspartij van een onderneming in de zin van de WMPC .....	164
3.3 Potentiële nemer van het recht bij de voorbereiding van een commerciële samenwerkingsovereenkomst .....	166
3.4 Omschrijving van de partijen bij de geheimhoudingsplicht .....	172
4. Partijvervanging .....	176
4.1 Contractuele overdrachtsmechanismen als gevaar voor het vertrouwelijke karakter van de informatie? .....	176
4.2 Clausules die de overdracht van de overeenkomst of specifieke vermogensbestanddelen regelen .....	177
4.2.1 Niet-overdraagbaarheidsclausules .....	179
4.2.2 Overdraagbaarheidsclausule <i>sensu stricto</i> .....	182
4.2.3 Overdraagbaarheidsclausules met goedkeuringsvereiste.....	183
4.3 Clausules die de overdracht van de rechtspersoon regelen.....	186
4.4 Clausules die een herstructurering verbieden of trachten te voorkomen .....	187
4.4.1 Stemovereenkomst .....	191
4.4.2 Controlewijzigingsclausules .....	193
4.4.2.1 Algemeen .....	195
4.4.2.2 Modaliteiten van de regeling .....	199
5. Besluit .....	206
<b>IV. Voorwerp van de geheimhoudingsplicht .....</b>	<b>208</b>
1. Inleiding .....	208
1.1 Terminologie .....	208
1.2 Geldigheidsvereisten van het voorwerp .....	209
1.2.1 Geoorloofdheid van voorwerp / oorzaak .....	209
1.2.1.1 Geheimhouding is een prestatie die in de handel is .....	210
1.2.1.2 Grondrechten en openbare orde als grond tot geoorloofdheid van een verspreiding of gebruik .....	210
1.2.1.3 Invloed van de kwalificatie van de te leveren prestatie op de geoorloofdheid van het voorwerp of de oorzaak .....	220
1.2.2 Bestaanbaarheid van het voorwerp .....	228
1.2.3 Bepaalbaarheid van het voorwerp.....	236
1.2.3.1 Omschrijving.....	236
1.2.3.2 Vaststelling van de (on)bepaaldheid .....	238
2. Bepaling van de geheim te houden zaak .....	239
2.1 Bepaling op basis van objectieve, contractuele criteria .....	244
2.1.1 Limitatieve opsomming of omschrijving van de inhoud van de informatie .....	244
2.1.2 Doelstelling van de contractuele of buitencontractuele basisverhouding .....	247

2.1.2.1 Algemeen .....	247
2.1.2.2 Uiting van doelstelling in preambule .....	248
2.1.2.2.1 Omschrijving .....	248
2.1.2.2.2 Nut .....	251
2.1.3 Informatiedrager .....	252
2.1.4 Locatie van de informatieoverdracht .....	257
2.1.5 Afgeleide informatie(dragers) .....	257
2.1.6 Afbakening van het voorwerp in de tijd .....	259
2.2 Bepaling van het voorwerp zonder of in combinatie met objectieve elementen .....	261
2.3 Uitzonderingen .....	265
2.3.1 Kennis van de informatie vóór de informatieverstrekking (en dus onafhankelijk daarvan) .....	266
2.3.2 Onafhankelijke kennis (kennisname na de informatieverstrekking, maar toch onafhankelijk daarvan) .....	268
2.3.3 Publieke beschikbaarheid of algemene (c.q. gedeeltelijke) bekendheid .....	272
2.3.4 Residual information clause .....	278
2.3.4.1 Omschrijving .....	278
2.3.4.2 Tijdstip van inwerkingtreding .....	279
2.3.4.3 Toepassingsgebied van de uitzondering .....	280
2.4 Richtlijnen bij de omschrijving van de geheim te houden zaak .....	284
3. Bepaling van de te leveren geheimhoudingsprestatie .....	288
3.1 Verspreidingsverbod .....	289
3.1.1 Onthoudingsplicht .....	289
3.1.2 Beveiligingsplicht .....	292
3.1.3 Uitzonderingen op het verspreidingsverbod: toegestane verspreiding .....	303
3.1.3.1 Specifieke toelating meester van het geheim .....	303
3.1.3.2 Mededeling in gerechtelijke procedure of aan overheidsorgaan .....	304
3.1.3.3 Spontane voorlegging ter vrijwaring van eigen rechtspositie? ..	310
3.1.3.4 Doelstellingen waarvoor de informatie mag worden verspreid ..	313
3.1.3.5 Personen aan wie de informatie mag worden verstrekt .....	313
3.1.3.6 Modaliteiten voor de toegestane verspreiding en het toegestane gebruik .....	314
3.2 Gebruiksverbod .....	316
3.2.1 Algemeen gebruiksverbod .....	316
3.2.2 Bijzondere verschijningsvormen .....	317
3.2.2.1 Octrooiverbod .....	317
3.2.2.2 Standstill-verplichting .....	317
3.2.2.3 Afwervingsverbod .....	319
3.3 Bijzondere verschijningsvormen van verspreidings- en gebruiksverbod ..	331
3.3.1 <i>Announcement clause</i> .....	331
3.3.2 <i>Garden leave clause</i> .....	333
3.3.3 Discretieplicht .....	339
3.4 Accessoire bestanddelen van de geheimhoudingsplicht .....	341
3.4.1 Controlerechten en mededelingsplichten .....	342
3.4.2 'No further rights' clauses .....	343
3.5 Remediëring van inbreuken op de geheimhoudingsplicht .....	346
4. Besluit .....	368

<b>V. Duurzaamheid van de geheimhoudingsplicht .....</b>	<b>371</b>
<i>Deel I: Duur</i> .....	371
1. Inleiding .....	371
2. Parameters voor de aflijning van geheimhoudingsafspraken in de tijd .....	374
2.1 Tijdstip of tijdvak voor de informatieverstrekking (het <i>disclosure window</i> ) .....	374
2.2 Geheimhoudingsduur ( <i>non-disclosure</i> of <i>confidentiality period</i> ).....	376
3. Aanvangsdatum (termijn <i>a quo</i> ) van de geheimhoudingsafspraken.....	378
3.1 Gemeenrechtelijke regeling .....	378
3.2 Contractuele uitwerking van de aanvangsdatum .....	383
3.2.1 Aanvang vanaf de contractsluiting.....	383
3.2.2 Aanvang vóór de contractsluiting .....	384
3.2.2.1 Retroactiviteit van geheimhoudingsafspraken .....	386
3.2.2.2 Retroactiviteit in het octrooirecht .....	391
3.2.3 Aanvang na de contractsluiting.....	396
3.2.3.1 Na de contractsluiting, vanaf de informatieverstrekking .....	396
3.2.3.2 Na de contractsluiting, na de informatieverstrekking? .....	396
3.2.4 Globale geheimhoudingsduur .....	401
4. Beëindigingsdatum (termijn <i>ad quem</i> ) van de geheimhoudingsafspraken ....	401
4.1 Algemeen .....	401
4.2 Beperkingen aan de keuzevrijheid .....	404
4.2.1 Wil van de wetgever .....	404
4.2.2 Verbod op eeuwigdurende verbintenissen .....	406
4.2.2.1 Grondslag .....	406
4.2.2.2 Definitie .....	411
4.2.2.3 Toepassingsgebied van het verbod .....	413
4.2.2.3.1 Eeuwigdurende verbintenissen .....	413
4.2.2.3.2 Verbintenissen van (on)bepaalde duur.....	414
4.2.2.3.3 Geheimhoudingsplichten .....	418
4.2.2.4 Voorkoming van een inbreuk bij geheimhoudingsplichten .....	419
4.2.2.5 Voorkoming of remediëring van een inbreuk in het algemeen..	420
4.3 Criteria voor de aflijning van de duurzaamheid van de overeenkomst ...	427
4.3.1 Twee perspectieven.....	427
4.3.2 (On)bepaaldheid van de duur.....	430
4.3.2.1 Basisomschrijving van de begrippen .....	430
4.3.2.2 Hoe specifiek moet de zekerheid over het eindpunt van de abstracte duur zijn? .....	431
4.3.2.3 Is zekerheid over de abstracte duur van de contractuele relatie verenigbaar met onzekerheid over de concrete duur?.....	434
4.3.2.4 Is onzekerheid over de concrete duur van de contractuele relatie verenigbaar met zekerheid over de abstracte duur? .....	437
4.4 Geheimhoudingsplichten van bepaalde duur .....	444
4.4.2.1 Natuurlijke maximumduur van de geheimhoudingsplicht.....	448
4.4.2.2 Geheimhoudingsplichten met gefaseerde tijdsbepalingen .....	450
4.4.2.3 Impliciete duur .....	455
4.4.3 Richtlijnen bij de contractuele uitwerking van geheimhoudingsplichten van bepaalde of bepaalbare duur .....	459
4.4.3.1 Perspectief van elke individuele informatieverstrekking.....	459
4.4.3.2 Perspectief van een globale geheimhoudingsperiode .....	461
4.5 Geheimhoudingsplichten van onbepaalde duur? .....	464

4.6 Opzegging van verbintenissen van (on)bepaalde duur .....	465
4.6.1 Definitie van het opzeggingsrecht .....	466
4.6.2 Effect .....	473
4.6.3 Misbruik in de uitoefening van het opzeggingsrecht .....	477
4.6.3.1 Vaststelling van het rechtsmisbruik .....	478
4.6.3.1.1 Onrechtmatigheid van de eenzijdige beëindiging als dusdanig? .....	478
4.6.3.1.2 Onrechtmatigheid van de manier waarop wordt opgezegd .....	478
4.6.3.2 Remediëring van het misbruik .....	482
4.6.3.3 Effectiviteit van het herstel op basis van rechtsmisbruik .....	488
4.6.4 Is het opzeggingsrecht vatbaar voor modalisering? .....	489
4.6.4.1 Opzegmodaliteiten bij verbintenissen van onbepaalde duur .....	491
4.6.4.2 Opzegmodaliteiten bij verbintenissen van bepaalde duur .....	498
4.6.4.2.1 Opzegmogelijkheid gebaseerd op objectieve elementen .....	500
4.6.4.2.2 Behoud kwalificatie bepaalde duur van de geheimhoudingsplicht ondanks onbepaalde duur van de contractuele basisverhouding .....	501
5. Besluit .....	507
<i>Deel II: Splitsbaarheid</i> .....	509
1. Inleiding .....	509
1.1. Probleemstelling .....	509
1.2 Terminologie .....	511
2. Bron van de autonomie .....	513
2.1 Autonome werking van het geheimhoudingsbeding als afzonderlijke overeenkomst .....	513
2.2 Autonome werking van het geheimhoudingsbeding als onderdeel van één overeenkomst .....	515
3. Vaststelling van de splitsbaarheid .....	517
3.1 Wil van de partijen en aard van de verbintenis als richtsnoer .....	517
3.2 Wil van de wetgever en de openbare orde als richtsnoer .....	524
4. Gevolgen van splitsbaarheid .....	526
4.1 Algemeen .....	526
4.2 Gevolgen voor afspraken die de “postcontractuele” fase regelen .....	528
4.3. Autonomie en de interne splitsbaarheid van bedingen .....	531
5. Concrete bescherming tegen de doorwerking van een beëindigingsgrond .....	532
5.1 Splitsbaarheid en de beëindiging <i>ex tunc</i> van de contractuele basisverhouding .....	532
5.1.1 Splitsbaarheid en de nietigheid van de contractuele basisverhouding .....	533
5.1.2 Splitsbaarheid en het niet-bestaan van de contractuele basisverhouding? .....	538
5.1.3 Splitsbaarheid en de ontbinding van de contractuele basisverhouding .....	539
5.2. Splitsbaarheid en de beëindiging <i>ex nunc</i> van de contractuele basisverhouding .....	541
5.2.1 Splitsbaarheid en de opzegging of herroeping van de contractuele basisverhouding .....	543
5.2.2 Splitsbaarheid en uitdoving of verval van contractuele verbintenissen .....	551
5.3 Splitsbaarheid zonder beëindiging van de contractuele basisverhouding .....	551

5.3.1 Uitvoering van de contractuele basisverhouding .....	551
5.3.1 <i>Exceptio non adimpleti contractus</i> (enac) en schorsing .....	552
6. Richtlijnen bij het bedingen van (on)splitsbaarheid .....	562
7. Besluit .....	562
<b>VI. Algemeen Besluit .....</b>	<b>564</b>



## I. INLEIDING

**1. Probleemstelling.** Elke beslissing die een onderneming neemt, steunt op het gebruik van informatie<sup>1</sup>. Het belang van informatie en de manier waarop men ermee omgaat neemt ook almaar toe in de maatschappij in het algemeen en het economische leven in het bijzonder<sup>2</sup>. Ondernemingen genieten namelijk een concurrentieel voordeel wanneer zij over economisch relevante informatie beschikken waarvan hun concurrenten niet op de hoogte zijn<sup>3</sup>. Geheimhouding is dan ook een fundamenteel onderdeel van het economisch succes van een onderneming omdat ze toelaat dit feitelijk monopolie te beschermen tegen buitenstaanders. Economisch rationele concurrenten zullen trachten om deze informatie te verkrijgen (en van zodra zij erover beschikken: te gebruiken) om hun concurrentieachterstand weg te werken. Dit kan gebeuren via de eigen ontwikkeling van de informatie of de verkrijging ervan via derden die de informatie reeds op legitieme wijze in hun bezit hebben. Een andere doorgaans goedkopere en eenvoudigere methode dan bovenvermelde alternatieven, is het rechtstreeks ontfutselen van de informatie van de onderneming in kwestie. Een absolute geheimhouding is daarbij geen realistische beschermingsmethode voor de onderneming. De economische waarde van informatie komt vaak namelijk pas ten volle tot haar recht bij het daadwerkelijk gebruik van deze kennis in de onderneming (of via het verlenen van licenties aan derden). Dit betekent dat de informatie niet veilig achter slot en grendel kan worden bewaard. De onderneming moet deze informatie minstens intern meedelen aan (een deel van) haar personeel voor het ontplooiën van haar activiteiten<sup>4</sup>. Dit leidt tot een eerste noodzakelijke verruiming van de kring van personen die kennis hebben van de informatie. Het risico bestaat dat deze personen niet allemaal het vertrouwen van de werkgever waard zijn. Werknemers kunnen misbruik maken van hun functie om toegang te krijgen tot vertrouwelijke gegevens om deze vervolgens te misbruiken. Bovendien fluctueert het

---

<sup>1</sup> J. TAEGER, *Die Offenbarung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen*, Baden Baden, Nomos, 1988, 41.

<sup>2</sup> Cf. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, "The knowledge-based economy", Parijs, OECD, 1996, 46p. (OCDE/GD(96)102); zie ook over deze problematiek: M. COOLS en B. HOOGENBOOM (eds.), *Kwetsbare kennis. Over bedrijfseconomische spionage en informatiebeveiliging*, Alphen aan den Rijn, Samsom, 1996, 139p. Ook de opkomende economieën zijn tot deze vaststelling gekomen: H. SHAN, *The protection of trade secrets in China* in *Max Planck Series on Asian Intellectual Property Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2008, 15. Zie tevens over het belang van de toenemende kennisintensiteit en innovatie voor de concurrentiepositie van ondernemingen: R. MOENAERT, F. FRANÇOIS, E. WAUTERS en F. CAELDRIES, "Informatiestromen in internationale productontwikkeling" in R. DE BONDT en R. VEUGELERS (eds.), *Informatie en kennis in de economie*, Leuven, Universitaire Pers, 1998, (263) 263; Ph. BOYSIERE, W. VAN GREMBERGEN en S. RUBIN, "Kenniscreatie in organisaties en competitief voordeel. Een pilootstudie in een Belgische multinationale onderneming" in R. DE BONDT en R. VEUGELERS (eds.), *Informatie en kennis in de economie*, Leuven, Universitaire Pers, 1998, (181) 183. Zie voor het belang van kennis voor economische groei: P. VANHOUDT, "De rol van kennis in het proces van economische groei: de neoklassieke en nieuwe benadering" in R. DE BONDT en R. VEUGELERS (eds.), *Informatie en kennis in de economie*, Leuven, Universitaire Pers, 1998, 47-65; B. MARTENS, "De relatie tussen kennis en economische groei: een economisch cognitieve benadering" in R. DE BONDT en R. VEUGELERS (eds.), *Informatie en kennis in de economie*, Leuven, Universitaire Pers, 1998, 67-81.

<sup>3</sup> Een gebrek aan informatie leidt namelijk tot het risico dat de beslissingnemer economisch minder efficiënte keuzes maakt in vergelijking met beslissingnemers die wel over de informatie beschikken.

<sup>4</sup> M. CREMIEUX, "Le secret des affaires" in Y. LOUSSOUARN en P. LAGARDE (eds.), *L'information en droit privé*, Parijs, LGDJ, 1978, (457) 460, nr. 6 en 463, nr. 13.

personeelsbestand van de onderneming. Werknemers hebben het recht om op zoek te gaan naar betere arbeidsvoorwaarden bij derden. De geheugens van deze werknemers kunnen echter niet worden gewist, zodat de vertrekkende werknemer mogelijk de onderneming verlaat met een schat aan informatie. Verder is het voeren van een economische activiteit niet verenigbaar met een autarkisch bestaan. De onderneming kan in elk aspect van de economische productieketen in contact moeten treden met derden: hetzij om haar activiteiten te financieren, hetzij om haar activiteiten uit te voeren, hetzij om cliënteel te vinden voor haar activiteiten. Al deze interne en externe contacten brengen een gevaar van onbetaalde en ongecontroleerde verspreiding of onbetaald en ongecontroleerd gebruik van de informatie met zich mee<sup>5</sup>. De onderneming hoeft echter niet lijdzaam toe te zien hoe haar moeizaam verkregen bedrijfsgeheimen zonder meer worden ingepikt door derden. Het recht biedt verschillende beschermingsmechanismen om zich te verzetten tegen het onrechtmatige gebruik of de onrechtmatige verspreiding van informatie. De octrooiwetgeving is een eerste vorm van bescherming. Een octrooi laat de onderneming toe om zich in ruil voor de bekendmaking van de informatie gedurende enige tijd te verzetten tegen het niet-toegestane gebruik ervan door derden. Verder voorziet het strafrecht enkele specifieke bepalingen die een geheimhoudingsplicht opleggen. De open norm van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht is een andere beschermingsmogelijkheid. Ten slotte kan de onderneming trachten om het risico dat de nood dat het delen van geheime informatie met zich meebrengt op te vangen door een juridische geheimhoudingsplicht te stipuleren in de relatie met haar informatieverkrijgers. Dit gebeurt in de vorm van een geheimhoudingsovereenkomst.

**2. Nut van geheimhouding t.a.v. octrooi.** De octrooiwetgeving kent een juridisch monopolie<sup>6</sup> toe op een geöctrooide uitvinding, in tegenstelling tot geheimhouding dat slechts een feitelijk monopolie is<sup>7</sup>. Niet elke informatie is echter octrooieerbaar.

---

<sup>5</sup> Zo dient een potentiële koper of investeerder van informatie overtuigd te worden van de wenselijkheid van een contractsluiting. Deze derden hebben nog geen kennis van de informatie en kunnen de waarde ervan bijgevolg nog niet inschatten. Het risico bestaat dan ook dat zij achteraf teleurgesteld zullen zijn in de informatie. Dit ontmoedigt hen om een blindelings en onwetend een overeenkomst aan te gaan met de informatieverstrekker. De onderneming is daardoor doorgaans genoodzaakt om minstens een tip van de sluier over de informatie op te lichten om deze informatie-assymetrie recht te trekken. Zodra de geïnteresseerde derden beschikken over de informatie, hebben zij echter (abstractie makend van eventuele juridische beschermingsregimes waarop de informatieverstrekker zich kan beroepen) geen belang meer om er nog voor te betalen. Dit is de zogenaamde *Arrow information paradox*: de waarde van informatie is niet bekend aan de geïnteresseerde koper totdat hij op de hoogte is van de informatie, maar hij heeft geen belang meer om nog te betalen voor de informatie indien hij deze vooraf meegedeeld krijgt om de waarde ervan te kunnen inschatten (K. ARROW, "Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention" in *The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors*, Princeton, Princeton University Press, 1962, (609) 615-616).

<sup>6</sup> J. SCHMIDT, *L'invention protégée après la loi du 2 janvier 1968*, Parijs, Librairies Techniques, 1972, 17, nr. 11 ("Mais le maintien du secret [...] est, souvent, matériellement impossible, et ces investisseurs prévoyant leur vulnérabilité demandent, alors, au Droit de sauvegarder artificiellement une maîtrise que les faits ne leur permettent pas de conserver").

<sup>7</sup> Cf. P. GOURDON, *L'exclusivité in Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 2006, 57 ("Le secret ne constitue pas, à proprement parler, un droit privatif sur des connaissances ou un savoir-faire. Il est un obstacle de fait. Il interdit l'accès intellectuel d'autrui à l'information gardée secrète. En conséquence, l'exclusivité tient tant que le secret est conservé").

Bovendien heeft deze bescherming ook nadelen die de uitvinder kunnen doen afzien van een octrooiaanvraag<sup>8</sup>. De octrooiering vereist namelijk de openbaarmaking van de informatie. De bescherming van een octrooi is bovendien beperkt in de tijd. Geheimhouding leidt dan wel niet tot een exclusief gebruiksrecht op de informatie als dusdanig<sup>9</sup>, maar het geheime karakter van informatie blijft behouden zolang de informatie niet publiek toegankelijk wordt<sup>10</sup>. De bescherming via geheimhouding kan daardoor langer (maar ook korter) duren dan de bescherming via een octrooi. De openbaarmaking stelt de octrooihouder verder bloot aan het risico dat derden onrechtmatig gebruik maken van de informatie. Dit risico rijst evenzeer bij bescherming via geheimhouding, maar het gevaar op onrechtmatig gebruik is daarbij beperkter (en in beginsel makkelijker te controleren) omdat de kring van personen met kennis van de informatie beperkt en bekend is. Ten slotte brengt een octrooiaanvraag ook kosten met zich mee. De keuze voor geheimhouding kan bijgevolg voordeliger zijn indien de kosten voor de bescherming van het geheime karakter van de informatie lager liggen dan de kosten van het octrooi<sup>11</sup>.

**3. Nut van de geheimhoudingsovereenkomst.** De wet legt een aantal specifieke geheimhoudingsplichten op. Zo moeten (ex-)werknemers zich ervan weerhouden om kwaadwillig of bedrieglijk de fabrieksgeheimen van hun (ex-)werkgever mee te delen aan derden (art. 309 Sw.). Verder zijn bepaalde personen uit hoofde van hun beroep verplicht tot geheimhouding van de zaken waarvan zij kennisnemen in verband met hun functie (art. 458 Sw.). Ook de open norm van de artikelen 1382 en 1383 BW (en de verbijzondering daarvan in het handelsrecht – art. 95 WMPC (oud art. 94/3 WHPC))<sup>12</sup> kan leiden tot aansprakelijkheid wegens gedragingen ten aanzien van

---

<sup>8</sup> De wet verplicht niet om octrooieerbare informatie daadwerkelijk te laten octrooieren (G. SCHRANS, “Juridische problematiek van de aanwending van research in de onderneming”, *RW* 1972-73, (1810) 1815; Antwerpen 31 maart 2009, *T. Strafr.* 2009, 320).

<sup>9</sup> Zie o.m. Luik 12 juni 2008, *Jaarboek Handelspraktijken* 2008, 481.

<sup>10</sup> Arbh. Luik 2 september 2004, *JLMB* 2006, 508; R. VANDEPUTTE, *Beginselen van nijverheidsrecht*, Brussel, Bruylant, 1938, 122, nr. 122.

<sup>11</sup> Zie over de keuze tussen octrooi of geheimhouding als beschermingsmechanisme: M. DE BRABANTER, “Licence ou recherche? Brevet ou secret?”, *Ing.-Cons.* 1980, 53-66; L. VAN BUNNEN, “Secret ou divulgation? Le choix entre la protection du savoir-faire et du brevet” in P. VAN CRAESBEECK (ed.), *Problemen van octrooirecht*, Diegem, Story-Scientia, 1994, (43) 46-47; zie tevens J. PLASMANS, W. PAUWELS en Th. THEWYS, “O&O-Investeringsgedrag en octrooigedrag in de VS en enkele Europese kernlanden” in R. DE BONDT en R. VEUGELERS (eds.), *Informatie en kennis in de economie*, Leuven, Universitaire Pers, 1998, (213) 216-219. Frankrijk: A. BERTIN, *Le secret en matière d’inventions*, Parijs, Tambourinaire, 1965, 9-22; A. KREIS, *Le savoir-faire (know-how) et sa transmission entre entreprises en vue de la reproduction d’une réalisation de technologie industrielle commercialisée*, thesis universiteit Parijs II, 1985, I, 126 *et seq.*; Verenigde Staten: D. MUNSON, “The Patent-Trade Secret Decision: An Industrial Perspective”, 78 *J. Pat. & Trademark Off. Soc’y* 689, 1996; P. LEUZZI, “Process inventions: trade secret or patent protection”, 66 *J. Pat. Off. Soc’y* 159, 1984; D. FRIEDMAN, W. LANDES en R. POSNER, “Some Economics of Trade Secret Law”, *Journal of Economic Perspectives* 1991, (61) 62-66; zie tevens voor Duitsland: Ph. MOHRING, “Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse in Wettbewerbs- und Kartellrechtlicher sicht” in *Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag*, Wenen, Beck, 1965, II, (415) 416-417.

<sup>12</sup> Zie voor een aantal voorbeelden: Y. DARGIER DE SAINT VAULRY, *Le régime juridique des connaissances techniques non-brevetées*, thesis universiteit Toulouse, 1968, 134 *et seq.* (deze auteur vermeldt onder meer de kennisname van onrechtmatig verkregen documenten, afwerving van werknemers met het oog op de verkrijging van bedrijfsgeheimen, misbruik van een beslag wegens namaak en kennisname van informatie naar aanleiding van een anoniem bedrijfsbezoek).

vertrouwelijke informatie. Het gebruik van geheimhoudingsovereenkomsten voor de bescherming van vertrouwelijke informatie blijft niettemin nuttig. De strafrechtelijke bescherming van vertrouwelijke informatie heeft namelijk slechts een zeer beperkt toepassingsgebied. Art. 309 Sw. geldt enkel voor een beperkte categorie van informatie (fabrieksgeheimen<sup>13</sup>), voor een beperkte categorie personen (personen die werden tewerkgesteld) en voor een restrictief omschreven gedraging (kwaadwillige of bedrieglijke mededeling). Art. 458 Sw. is dan weer alleen van toepassing op een zeer beperkte (weliswaar niet-limitatieve) categorie van personen die uit hoofde van hun beroep een maatschappelijk erkende vertrouwenspositie bekleden<sup>14</sup>. De rechtsfiguur van de onrechtmatige daad is op burgerrechtelijk vlak<sup>15</sup> wel ruim genoeg om in beginsel toepasbaar te zijn op elke gedraging van enige persoon ten aanzien van om het even welke informatie. Het probleem is hier echter dat niet elke gedraging ten aanzien van geheime informatie *ipso facto* een fout oplevert<sup>16</sup>. Bovendien is het niet steeds eenvoudig om de veroorzaakte schade te ramen. De toepassing van de open norm van de onrechtmatige daad gaat bijgevolg steeds gepaard met enige mate van rechtsonzekerheid.

De contractuele uitwerking van een geheimhoudingsplicht laat toe om de lacunes van de specifieke regelgeving op te vullen<sup>17</sup> en minimaliseert de onzekerheid die gepaard gaat met een beroep op buitencontractuele beschermingsmechanismen. De partijen kunnen in hun overeenkomst namelijk duidelijk omschrijven wat voor gedragingen de betrokkenen al dan niet mogen stellen ten aanzien van specifieke informatie. Zij

---

<sup>13</sup> Door het Belgische Hof van Cassatie gedefinieerd als: “un fait technique qui contribue en la réalisation des opérations mises en œuvre dans une fabrique pour obtenir un produit déterminé et de nature à procurer au fabricant des avantages techniques et à lui assurer sur ses concurrents, une supériorité d’une nature telle qu’il y a pour lui un avantage économique à ce qu’il ne soit pas connu de ses concurrents” (Cass. 27 september 1943, *Pas.* 1943, I, 358; zie tevens Antwerpen 31 maart 2009, *T. Strafr.* 2009, 320).

<sup>14</sup> B. TILLEMANS, “L’obligation au secret et la discrétion des administrateurs des sociétés”, *JT* 1993, (549) 549. Vennootschapsbestuurders en bankiers zijn bijvoorbeeld niet onderworpen aan het beroepsgeheim in strafrechtelijke zin, maar slechts aan een burgerrechtelijke discretieplicht.

<sup>15</sup> De vaststelling dat een bepaalde gedraging geen strafrechtelijke inbreuk is, sluit immers niet uit dat het wel om een burgerrechtelijke fout kan gaan (zie m.b.t. geheimhouding: Kh. Luik 19 juni 1914, *PP* 1914, 814, nr. 1230).

<sup>16</sup> Zie bv. Ch. GIELEN, *Bescherming van bedrijfsgeheimen in Preadvies van de vereniging ‘handelsrecht’*, Deventer, Kluwer, 1999, 28 met verwijzing naar den Haag 8 januari 1998, *BIE* 1999, 76. Een partij had zonder geheimhoudingsovereenkomst informatie verstrekt n.a.v. onderhandelingen. Het hof stelt dat partijen bij onderhandelingen in beginsel de vrijheid hebben om de uitgewisselde ideeën en informatie over en weer te gebruiken. De auteur uit terecht kritiek op deze uitspraak. Dergelijke gedragingen kunnen naargelang de omstandigheden wel degelijk leiden tot (in beginsel buitencontractuele) aansprakelijkheid (zie bv. over de aansprakelijkheid n.a.v. precontractuele onderhandelingen J. HUET en F. DUPUIS-TOUBOL, “Violation de la confidentialité des négociations” in *Formation of contracts and precontractual liability*, Parijs, ICC Publishing, 1990, (239) 242-248, nrs. 5-21; P. GOURDON, 65-66, nr. 151). In elk geval voorkomt een uitdrukkelijke geheimhoudingsovereenkomst discussie over het al dan niet foutieve karakter van het gedrag van de geïmpliciteerde. Zie verder over de bescherming van geheime informatie in precontractuele onderhandelingen: G. FORBIN, “How is confidential information to be managed during pre-contractual negotiations?”, *RDAI* 1998, 477-493.

<sup>17</sup> Cf. F.C. PLENTZ, *Der civilrechtliche Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses in Deutschland*, Inaugural Dissertation Universität Marburg, 1914, 50; C. WODTKE, *Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen*, Berlin, Erich Schmidt, 2004, 133.

kunnen bovendien afspraken maken over de te betalen schadevergoeding in de vorm van een schadebeding.

#### **4. Omschrijving van de geheimhoudingsovereenkomst.**

Geheimhoudingsovereenkomsten zijn overeenkomsten waarbij een van de partijen, de informatieverstrekker, hetzij een recht om informatie te verstrekken bedingt hetzij zich daartoe verbindt ten aanzien van een andere partij, de informatieverkrijger. Deze laatste partij verbindt zich ertoe om de informatie die het voorwerp uitmaakt van de verstrekking niet te verspreiden en/of niet te gebruiken voor andere dan de toegestane doeleinden en aan andere dan de toegestane secundaire informatieverkrijgers. Haar bindende kracht vloeit voort uit de regel dat de overeenkomst de partijen tot wet strekt (art. 1134 BW)<sup>18</sup>. Deze overeenkomst geeft de informatieverstrekker de hoedanigheid van meester van het geheim en maakt van de informatieverkrijger een geheimplichtige. De hoedanigheid van meester van het geheim in de relatie met de geheimplichtige sluit niet uit dat de informatieverstrekker zelf tot geheimhouding is verplicht in een relatie met een derde. De geheimhoudingsovereenkomst kan bestemd zijn om eenzijdige of wederkerige informatiestromen te regelen. In het laatste geval zijn de betrokken partijen over en weer geheimhouding verschuldigd ten aanzien van de onderling verstrekte informatie (zij worden m.a.w. over en weer meester van het geheim en geheimplichtige).

Het is mogelijk dat slechts één van de partijen zich tot geheimhouding verbindt, terwijl het de andere partij vrijstaat om de informatie al dan niet te verspreiden. Een bestuurder neemt ontslag uit het directiecomité nadat hij felle kritiek uitlet op het bestuur van de onderneming. Hij stemt in met een dading die hem recht geeft op een forfaitaire vergoeding in ruil voor het opgeven van al zijn functies in de onderneming en om de redenen van zijn ontslag niet uiteen te zetten aan de aandeelhoudersvergadering. Een andere bestuurder -de moeder van de ontslagnemende bestuurder- steunde de kritiek van de ontslagnemende bestuurder, maar weigert zelf ontslag te nemen. De voorzitter van de raad van bestuur roept daarop een aandeelhoudersvergadering samen om deze te laten stemmen over het ontslag van de overgebleven bestuurder. De voorzitter motiveert dit voorstel tot ontslag beknopt aan de aandeelhouders. De ontslagnemende bestuurder ziet hier een miskennis in van de dading. Het hof van beroep te Brussel stelt echter vast dat “[...] contrairement à l’appelant, l’intimée n’avait pas pris l’engagement de s’abstenir de toute déclaration relative à la démission de ce dernier”<sup>19</sup>.

**5. Onderzoekopzet en -doelstelling.** Deze thesis beoogt een onderzoek van de juridische problemen die rijzen bij het gebruik van geheimhoudingsovereenkomsten. Deze pijnpunten rijzen op het vlak van de totstandkoming van de geheimhoudingsplicht, de hoedanigheid van de partijen bij de geheimhoudingsplicht, het voorwerp van de geheimhoudingsplicht en de duurzaamheid ervan. De behandeling van dit laatste probleem wordt opgedeeld in een deel over de duur van de geheimhoudingsplicht en de autonome werking van de geheimhoudingsplicht ten

---

<sup>18</sup> E. HAUCK, “Belgien” in *Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen in ausgewählten EG-Staaten*, Berlijn, Duncer & Humblot, 1986, (37) 107.

<sup>19</sup> Brussel 24 december 1975, *Rev. Prat. Soc.* 1976, 46; bevestigd door Cass. 10 maart 1977, *Rev. Prat. Soc.* 1977, 187. Bovendien kon de voorzitter niet anders dan het ontslag te motiveren aangezien de aandeelhouders moest worden geïnformeerd over de noodzaak van het ontslag en gebeurde deze toelichting met de nodige discretie en terughoudendheid.

opzichte van de contractuele basisverhouding. De analyse spitst zich in het bijzonder toe op de effectiviteit van de bescherming die het resultaat is van de geheimhoudingsovereenkomst.

De hoofdonderzoeksvraag is: hoe effectief is de bescherming van geheime informatie door middel van het contractenrecht? Deze vraag wordt opgesplitst in een aantal subvragen die focussen op de concrete problemen waarmee de opstellers van geheimhoudingsovereenkomsten in elk rechtstelsel worden geconfronteerd: hoe komt de geheimhoudingsplicht tot stand? Wat zijn de gevolgen van de identiteit(swijziging) van een medecontractant? Wat is het voorwerp van de geheimhoudingsplicht en hoe dient dit te worden vastgesteld? Hoe lang mag de geheimhoudingsplicht duren? Kan de geheimhoudingsplicht een betwisting over de geldigheid of werkzaamheid van de contractuele basisverhouding overleven?

De notie effectiviteit wordt enerzijds in haar objectieve betekenis benaderd. Hierbij ligt de focus op de vraag naar de objectieve grenzen die het recht stelt aan de effectiviteit van de bescherming. Deze invalshoek bestudeert het maximumniveau van de bescherming en heeft daardoor betrekking op overeenkomsten die zoveel mogelijk in het voordeel van de meester van het geheim zijn opgesteld. Anderzijds wordt de effectiviteit ook subjectief benaderd. Hier wordt onderzocht hoe de wil van de partijen op de meest accurate wijze wordt weergegeven in de formulering van de overeenkomst. De doelstelling is hier om na te gaan hoe de kans wordt gemaximaliseerd dat de rechter de geheimhoudingsovereenkomst conform de partijwil interpreteert. Dit aspect omvat ook evenwichtige geheimhoudingsafspraken of afspraken die zelfs eerder in het voordeel van de geïmpliciteerde gelden, zoals de *residual information clause*.

**6. Onderzoeksvoorwerp – contractuele aspecten van de bescherming.** Het recht biedt, zoals hierboven aangehaald, vele beschermingsinstrumenten die het gebrek aan exclusief eigendomsrecht op geheime informatie enigszins opvangen. Het onderzoeksvoorwerp moet noodzakelijkerwijze strikt worden afgebakend. Een te ruime invulling riskeert te resulteren in een eerder opervlakkige opsomming van de verschillende beschermingsmogelijkheden (bv. het strafrechtelijk gesanctioneerde communicatiegeheim, de handelsrechtelijke notie van afwerving van cliënteel of personeel, de procesrechtelijke nuancerings van de openbaarheid van rechtszittingen<sup>20</sup>, de bescherming van het zakengeheim in administratiefrechtelijke procedures, etc.) in plaats van een studie naar de concrete werking en effectiviteit ervan. Het potentiële onderzoeksterrein is namelijk zo uitgebreid dat elk rechtsdomein

---

<sup>20</sup> Zo wordt gesteld dat meesters van een geheim in de praktijk vaak afzien van de gerechtelijke afhandeling van een wanprestatie door de geïmpliciteerde uit vrees dat deze procedure de informatie zal verspreiden op een nog ruimere schaal (België: S. DAVID-CONSTANT, “Information et discrétion en droit privé” in *L’entreprise et ses devoirs d’information en matière économique et sociale*, Brussel, Bruylant, 1979, (13) 25; B. TILLEMANS, “De plicht tot geheimhouding en discretie van bestuurders” (noot onder Voorz. Rb. Gent 4 juni 1987), *TRV* 1992, (277) 289; Frankrijk: E. GASTINEL, “Les effets juridiques de la cessation des relations contractuelles – Obligations de non-concurrence et de confidentialité” in *La cessation des relations contractuelles d’affaires*, Aix-en-Provence, PUAM, 1997, (197) 210-211).

als dusdanig het voorwerp zou kunnen zijn van een onderzoek naar de beschikbare technieken voor de bescherming van geheime informatie. Een te ruime afbakening van het onderzoeksvoorwerp zou ook de coherentie van het proefschrift niet ten goede komen. Vele van deze beschermingstechnieken hebben namelijk *in se* niets met elkaar te maken. Een analyse van de bescherming in één bepaald rechtsdomein leidt niet per definitie tot nuttige inzichten in een ander rechtsdomein (het feit dat telecommunicatie strafrechtelijk wordt beschermd geeft bijvoorbeeld geen inzicht in de bescherming van geheime informatie in gerechtelijke procedures)<sup>21</sup>. Het onderzoeksvoorwerp wordt daarom beperkt tot de contractuele aspecten van de bescherming. Hierbij wordt zowel ingegaan op de mogelijkheden die het contractenrecht biedt om uitdrukkelijk een contractueel geheimhoudingsregime uit te werken, als op de rol van het contractenrecht als terugvalpositie om een gebrek aan uitdrukkelijke contractuele afspraken of de aanwezigheid van gebrekkige contractuele afspraken op te vangen. Zoals zal blijken, blijft deze invalshoek voldoende flexibel om nuttige passerelles te maken naar andere rechtsdomeinen zonder dat dit de diepgang van de gekozen invalshoek in het gedrang brengt. Zo zijn de partijen bij geheimhoudingsovereenkomsten bijvoorbeeld vaak handelaars en bevatten dergelijke overeenkomsten soms bewijsafspraken of andere afspraken over het gebruik van informatie in gerechtelijke procedures. Dit impliceert meteen dat *in casu* handelsrechtelijke of procesrechtelijke regels van belang zijn in de mate dat zij afwijken van het gemene contractenrecht of dit aanvullen.

**7. Onderzoeksmethode – klemtoon op praktische problemen zoals deze aan bod komen in rechtspraak en rechtsleer.** De onderzoeksdoelstelling wordt gerealiseerd op basis van een doorgedreven onderzoek van de relevante wetgeving, rechtspraak en rechtsleer. Wat de *wetgeving* betreft, wordt vertrokken van het bestaande juridische kader. De onderzoeksfocus ligt op de effectiviteit van geheimhoudingsovereenkomsten en hoe het gebruik van gepaste contractuele clausules daaraan bijdraagt. Het onderzoek gebeurt dan ook op basis van het vigerend recht. Het is bijvoorbeeld niet de bedoeling om suggesties tot wetswijzigingen te ontwikkelen om de effectiviteit van elke bestudeerde rechtsfiguur afzonderlijk te verhogen. Er wordt slechts stilgestaan bij de concrete invloed van deze rechtsfiguren op de effectiviteit van de geheimhoudingsovereenkomst. Waar nodig worden rechtsfiguren die in de huidige stand van het recht niet zijn geregeld en die vooralsnog niet uitgebreid aan bod kwamen in de rechtsleer wel uitgediept opdat nuttige lessen kunnen worden getrokken over hun invloed op de effectiviteit van de geheimhoudingsovereenkomst. Dit is bijvoorbeeld het geval voor de duur en de splitsbaarheid van de geheimhoudingsplicht. Verder wordt overgegaan tot een uitgebreide analyse van de *rechtspraak* over geheimhoudingsovereenkomsten. Een onderzoek naar de effectiviteit van een concrete overeenkomst mag zich immers niet opsluiten in het abstracte van de rechtsregel, maar moet nagaan hoe de “law in the books” wordt toegepast in de praktijk. Een rechtspraakonderzoek laat bovendien toe om vast te stellen hoe de wil van de partijen, zoals uitgedrukt in hun

---

<sup>21</sup> Het feit dat een bepaalde inbreuk op een discretieplicht niet strafbaar is, sluit bijvoorbeeld ook niet uit dat dit feit kan volstaan als rechtvaardiging van een ontslag om dringende reden (W.r. Brugge 13 september 1968, *TSR* 1969, 17).

geheimhoudingsafspraken, wordt uitgelegd of aangevuld in de rechtspraak. Ook dit aspect is noodzakelijk om de effectiviteit van de geheimhoudingsovereenkomst te evalueren. Ten slotte worden ook de bronnen uit de *rechtsleer* betrokken in het onderzoek. Deze bronnen bieden zowel kritische reflecties op het bestaande juridische kader als concrete hulpmiddelen bij het opstellen van effectieve geheimhoudingsovereenkomsten.

**8. Onderzoeksmethode – functionele rechtsvergelijking.** Het onderzoek gebeurt rechtsvergelijkend. De gekozen rechtsstelsels zijn daarbij in de eerste plaats Frankrijk, de Verenigde Staten en Engeland. In mindere mate komen ook Duitsland en Nederland aan bod. Deze keuze is gebaseerd op de beschikbare hoeveelheid bronnen uit de rechtsleer en rechtspraak die betrekking heeft op geheimhoudingsovereenkomsten. Deze bronnen zijn onmisbaar gelet op de praktische invalshoek van het onderzoek. De analyse gebeurt vanuit een functioneel rechtsvergelijkend perspectief. Het doel is om een globaal beeld te schetsen van de effectiviteit van geheimhoudingsovereenkomsten in de rechtsstelsels. Alleen de voor deze effectiviteit meest relevante rechtsfiguren worden bestudeerd. De analyse vertrekt vanuit de concrete problemen die met betrekking tot de rechtsfiguur aan bod zijn gekomen in de rechtspraak van het rechtsstelsel in kwestie. Deze functionele aanpak laat toe om het concrete beschermingsniveau van een rechtsfiguur te bestuderen zoals deze blijkt uit de toepassing ervan in de rechtspraak en de bestudering ervan door rechtsleer uit het betrokken rechtsstelsel. Aangezien de verschillende rechtsstelsels met gelijkaardige praktische problemen worden geconfronteerd (*cf.* de hierboven geformuleerde vraagstellingen) laat deze methode een zinvolle vergelijking toe voor de bepaling van het beschermingsniveau dat de geheimhoudingsovereenkomst biedt. Er wordt niet overgegaan tot een systematische studie van het recht uit de rechtsstelsels als dusdanig. Om de nodige achtergrond te bieden, wordt wel steeds verwezen naar de relevante rechtsleer uit de verschillende rechtsstelsels.

**9. Onderzoeksmethode – intradisciplinair.** Het onderzoek naar de effectiviteit van de geheimhoudingsovereenkomst vertrekt vanuit het contractenrecht. Regelgeving uit andere rechtstakken kan echter beperkingen opleggen aan de contractsvrijheid van de partijen. Het is tevens mogelijk dat dergelijke regelgeving de nood aan een geheimhoudingsovereenkomst opheft of minimaliseert. Er wordt daarom tevens ingegaan op deze specifieke regelgeving die beperkingen oplegt aan deze contractsvrijheid of die de bescherming van de geheime informatie codificeert. Het gaat daarbij onder meer over de wetgeving inzake de arbeidsovereenkomst, de commerciële samenwerkingsovereenkomst en de consumentenovereenkomsten. Deze zijstappen blijven echter beperkt tot datgene wat strikt noodzakelijk is voor de analyse van de contractuele bescherming. Aspecten van de buitencontractuele privaatrechtelijke of strafrechtelijke bescherming komen dan ook slechts aan bod in de mate dat zij relevant zijn voor de contractuele bescherming.



## II. TOTSTANDKOMING VAN DE GEHEIMHOUDINGSPLICHT

### 1. Inleiding

**10. Totstandkoming van contractuele geheimhoudingsplichten.** Contractuele geheimhoudingsplichten kunnen impliciet<sup>22</sup> voortvloeien uit de goede trouw (art. 1134 BW)<sup>23</sup> of uit een gebruik (cf. art. 1135 en 1160 BW)<sup>24</sup>. Dit is naar Belgisch recht bijvoorbeeld het geval voor de discretieplicht van de bankier<sup>25</sup> en van de

<sup>22</sup> Ook de *common law* rechtssystemen kennen de notie impliciete verplichtingen. Dergelijke verplichtingen kunnen voortvloeien uit de omstandigheden (*implication in fact*), uit een gebruik (*implied by custom or trade*) of uit de wet (*implication in law*). Een implicatie uit de feiten vereist onder meer dat de toe te voegen term noodzakelijk (en niet louter nuttig) is voor de effectiviteit van de overeenkomst. Een strekking in de Anglo-Amerikaanse rechtspraak en rechtsleer poneert dat de *duty of confidentiality implied is in law* voor arbitrageprocedures (zie o.m. A. BROWN, "Presumption Meets Reality: An Exploration of the Confidentiality Obligation in International Commercial Arbitration", 16 Am. U. Int'l L. Rev. 969, 988-989). De Engelse rechtspraak sluit zich aan bij deze strekking: zie H. DUNDAS, "Confidentiality in English arbitration: the final word? Emmott v. Michael Wilson & Partners Ltd", *Arbitration* 2008, 74(4), 458-466 (de kwalificatie *implied in law* kreeg de voorkeur op de kwalificatie als *implied in fact*: Court of Appeal 19 december 1997, *Ali Shipping Corporation v. Shipyard Trogir* [1999] 1 WLR 314); het Australische High Court wees daarentegen dergelijke *implied in law* geheimhoudingsplicht af voor arbitrage: High Court Australia 7 april 1995, *Esso Australia Resources Ltd v Plowman*, (1995) 128 ALR 391; zie wel voor een nuancering van de tegenstellingen in de Engelse en Australische rechtspraak: S. DERRINGTON, "An illusory distinction – The Australian & English approaches to confidentiality in arbitration: Transfield Philippines Inc. & Ors. V. Pacific Hydro Ltd. & Ors. [2006] VSC 175", (2007) 21 A & NZ Mar LJ 188. Ook de Amerikaanse rechtspraak wijst tot nader order een *implied in law* verplichting af: R. REUBEN, "Confidentiality in Arbitration: Beyond the Myth", (2006) 54 U. Kan. L. Rev. 1255. Zie voor een rechtsvergelijkende analyse: K. NOUSSIA, *Confidentiality in International Commercial Arbitration*, Berlijn, Springer, 2010, 200p.

<sup>23</sup> Cf. G.L. BALLON, "Knowhow en zijn bescherming" in *Liber Amicorum Roger Blanpain*, Brugge, die Keure, 1998, (673) 680-681; J.-J. EVRARD en X. THUNIS, "La protection juridique des programmes d'ordinateurs" in *Le droit des 'contrats informatiques'. Principes – Applications*, Brussel, Larcier, 1983, (430) 436-437. Zie voor Frankrijk: A. LATRAILLE, "Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat (1re partie)", *Petites Affiches* 2006, 4, nr. 113; S. GERARD, *Les obligations contractuelles de ne pas faire*, thesis universiteit Nancy 2, 64, nr. 76 en 67, nr. 80; O. WENIGER, *La protection des secrets économiques et du savoir-faire (Know-how)*, Genève, Droz, 1994, 233. Zie tevens voor Canada en Frankrijk: M. BOURGEOIS, "La protection juridique de l'information confidentielle économique: étude de droits québécois et français", *RIDC* 1988, (113) 120. Duitsland: U. PLOCH-KUMPF, *Der Schutz von Unternehmensgeheimnissen im Zivilprozess unter besonderer Berücksichtigung ihrer Bedeutung in der Gesamtrechtsordnung*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1996, 46; O. WENIGER, *La protection des secrets économiques et du savoir-faire (Know-how)*, Genève, Droz, 1994, 230 (Duitsland) en 235 (Zwitserland). Zie bv. voor een niet-concurrentieplicht: Voorz. Kh. Leuven 6 mei 2004, *DAOR* 2004, 53.

<sup>24</sup> C. GUYOT, "Les clauses de non-concurrence et de confidentialité dans les cessions d'actifs et d'actions", *DAOR* 2001, (4) 6.

<sup>25</sup> J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, III, Brussel, Bruylant, 1960, 290, nr. 2049; G. DU BOIS, "Het bankgeheim", *TPR* 1986, (433) 444; A. WILLEMS en J.-P. BUYLE, "Les usages en droit bancaire", *DAOR* 1990, afl. 17, (73) 89-92 (met de kritische bedenking dat deze auteurs een louter contractuele grondslag onvoldoende achten); K. MAUEN en J. FASTENAEKELS, "De discretieplicht van Belgische banken 'Een onderzoek naar haar grondslagen en toepassingsgebieden' (deel 1)", *T. Fin. R.* 2006, (1281) 1286 *et seq.* Zie naar Duits recht: LG Ravensburg 20 januari 2005, AZ 6 O 399/04, [www.juris.de](http://www.juris.de), nr. 24. Zie tevens voor het gebruik als bron van de discretieplicht van de bankier: M. BERLINGIN, "Les conditions générales bancaires – Règlement général des opérations" in *Les conditions générales*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, (37) 43; A. WILLEMS, "Conditions générales bancaires" in M. TISON en J.-P. BUYLE (eds.), *Algemene Bankvoorwaarden*, Brussel, Bruylant, 2005, (16) 36-38. Zie tevens naar Frans recht: A. TEISSIER, *Le secret professionnel du banquier*, Aix-Marseille, PUAM, 1999, I, 40-41; J. LASSERRE CAPDEVILLE, *Le secret bancaire. Étude de droit comparé*, Aix-Marseille, PUAM, 2006, 71-81. Deze vaststelling sluit overigens niet uit dat een geheimhoudingsplicht ook kan

vennootschapsbestuurder<sup>26</sup>. Zij kunnen tevens voortvloeien uit een wettelijke bepaling die een geheimhoudingsplicht toevoegt aan de overeenkomst. Dit is het geval voor de arbeidsovereenkomst (art. 17, 3° Arbeidsovereenkomstenwet)<sup>27</sup>. Daarnaast kunnen de partijen uitdrukkelijk een eigen geheimhoudingsplicht tot stand brengen. Dit gebeurt in de moderne contractpraktijk vaak in de vorm van zogenaamde gestandaardiseerde technieken voor de contractsluiting.

### 1.1 Gestandaardiseerde technieken voor contractsluiting

**11. Nood aan bescherming van informatie tegen een onbepaald aantal informatieverkrijgers.** De meester van het geheim kan wensen om geheime informatie mee te delen aan, of minstens te beschermen tegen, een groot (desnoods zelfs onbepaald) aantal potentiële informatieverkrijgers waarvan hij mogelijk niet eens de identiteit kent. Het is in de hedendaagse maatschappij vaak echter praktisch onmogelijk, of minstens niet efficiënt, om in persoonlijk contact te treden met dergelijk groot aantal rechtssubjecten<sup>28</sup>. In deze omstandigheden wordt voor de bescherming van informatie getracht om geheimhoudingsplichten te doen ontstaan via technieken die *geen rechtstreeks contact* vereisen met de beoogde geheimplichtige. Het kan daarbij zowel gaan om contractuele als buitencontractuele geheimhoudingsplichten. In een buitencontractuele context tracht de meester van het geheim een geheimhoudingsplicht op te leggen *zonder enige aanvaarding* van de informatieverkrijger. In een contractuele context wordt wel getracht om de aanvaarding van de informatieverkrijger te verkrijgen. Gelet op het grote aantal potentiële informatieverkrijgers en het gebrek aan persoonlijk contact met de informatieverstrekker, is de meester van het geheim echter vaak genooddaakt om te speculeren op een stilzwijgende aanvaarding van de geheimhoudingsplicht. De aangewende technieken hebben in die hypothese tot doel om verplichtingen tot stand te brengen *zonder uitdrukkelijke aanvaarding* van de geheimplichtige.

Concrete beschermingstrategieën die worden aangewend om rechtsgevolgen tot stand te brengen zonder (uitdrukkelijke) aanvaarding zijn de *e-maildisclaimer*, de *terms of use* van websites, de *end user license agreements* van software en de plaatsing van

---

voortvloeien uit art. 1382 BW (bv. voor onderhandelingen die nooit tot een akkoord hebben geleid), namelijk indien wordt vastgesteld dat een goede huisvader bepaalde informatie zelfs zonder het bestaan van een geheimhoudingsovereenkomst geheim zou houden.

<sup>26</sup> J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 2004, 147-148 en de verwijzingen aldaar; B. TILLEMANS, “De plicht tot geheimhouding en discretie van bestuurders” (noot onder Voorz. Rb. Gent 4 juni 1987), *TRV* 1992, (277) 285; L. CORNELIS, “De aansprakelijkheid van bestuurders van vennootschappen in groepsverband” in H. BIRON en C. DAUW (eds.), *Aspecten van de ondernemingsgroepen*, Antwerpen, Kluwer, 1989, (111) 173.

<sup>27</sup> De (niet-bindende) *Draft Common Frame of Reference* bevat tevens een modelregel voor contracten inzake handelsagentuur, franchise en distributie die automatisch een wederkerig verspreidings- en gebruiksverbod oplegt voor de geheime informatie die wordt uitgewisseld in het raam van deze overeenkomsten. Deze verplichtingen gelden zowel tijdens als na de overeenkomst (art. IV.E – 2:203 DCFR). Deze bepaling heeft tot nader order niet het statuut van aanvullend recht, maar kan wel als gezaghebbend argument worden aangewend met het oog op de invulling van de goede trouw of de aanvulling van de overeenkomst in het licht van het gebruik of de billijkheid.

<sup>28</sup> Cf. D. RICE, “Public goods, private contract and public policy: federal preemption of software license prohibitions against reverse engineering”, 53 U. Pitt. L. Rev. 543, 563.

bordjes of affiches op een bepaalde locatie of het aanbrengen van stempels op vertrouwelijke documenten.

**12. Disclaimers.** Het gebruik van e-mail is voor vele bedrijven uitgegroeid tot het communicatiemiddel bij uitstek, zowel voor interne communicatie als voor communicatie met de buitenwereld. E-mail laat toe om snel en goedkoop informatie uit te wisselen met een onbeperkt aantal bestemmingen – waar ter wereld zij zich ook bevinden. Het gebruik van e-mail houdt echter een aantal risico's in. De snelheid waarmee het versturen van een e-mail bericht gepaard gaat, leidt al eens tot slordigheden. Een eerste probleem is de verkeerde adressering van het bericht. Verder kan het bericht op het juiste adres toekomen, maar met een verkeerde inhoud. Daarnaast bestaat het gevaar voor onderschepping van de boodschap door een derde, of voor de ongewenste verspreiding ervan door de ontvanger van het bericht. De laagdrempeligheid van e-mail verhoogt dan ook de kans dat gevoelige informatie van de onderneming haar weg vindt naar personen die daar niet over horen te beschikken.

**Voorbeeld:** “This message contains confidential information and is intended only for the individual named. If you are not the named addressee you should not disseminate, distribute or copy this e-mail. Please notify the sender immediately by e-mail if you have received this e-mail by mistake and delete this e-mail from your system. If you are not the intended recipient you are notified that disclosing, copying, distributing or taking any action in reliance on the contents of this information is strictly prohibited” ([www.emaildisclaimers.com/Sample\\_disclaimers.htm](http://www.emaildisclaimers.com/Sample_disclaimers.htm)).

**13. Terms of use en end user license agreements.** Het belang van het internet is eveneens toegenomen in de bedrijfswereld. Veruit de meeste bedrijven hebben heden ten dage een website waarop potentiële klanten kennis kunnen maken met de onderneming en zelfs rechtstreeks bestellingen kunnen plaatsen. Deze sites brengen aan de ene kant het gevaar met zich mee dat onzorgvuldige werknemers gevoelige bedrijfsgegevens toegankelijk maken via de site. Dit leidt tot de vraag wat de weerslag is van een internetlek op het beschermingswaardige karakter van dergelijke informatie. Aan de andere kant kunnen bezoekers van de site allerlei waardevolle ideeën achterlaten waarvan de onderneming gebruik wenst te maken, maar waarbij later betwisting kan rijzen wanneer de bedenker van het idee een vergoeding opeist.

Bedrijven trachten de risico's die gepaard gaan met het e-mail- en internetverkeer vaak te minimaliseren via disclaimers<sup>29</sup> of *terms of use*. De disclaimer is een clause die de verzender toevoegt aan het elektronische bericht om de ontvanger op de hoogte te brengen van bepaalde eisen, verzoeken of verwachtingen. De *terms of use* zijn gebruikersinstructies die de eigenaar of uitbater van een website tracht op te leggen aan de bezoekers van de site. Zij kunnen worden aangeboden in de vorm van een *end user license agreement* (afgekort als eula) die de bezoeker moet aanvaarden.

---

<sup>29</sup> De e-maildisclaimer vindt zijn oorsprong in de toevoeging van “cover sheet disclaimers” bij het verzenden van een fax door Amerikaanse advocaten om aan te geven dat het bericht “legally privileged information” bevat (zie J. COLBURN, “Don’t read this if it’s not for you: the legal inadequacies of modern approaches to e-mail privacy”, *Minnesota Law Review* 2006, (241) 244-245 (91 MINN L REV 241)).

Disclaimers of *terms of use* hebben twee mogelijke doelstellingen. Zij kunnen enerzijds trachten om bepaalde zaken te signaleren door de lezer te informeren of te waarschuwen. Zij kunnen anderzijds (ook) beogen om rechten en plichten tot stand te brengen, bijvoorbeeld via clausules die tot doel hebben om de verzender van het bericht of de eigenaar van de site contractueel te exonereren van het bericht of de site. Ten slotte kan de verzender of eigenaar trachten om het vertrouwelijke karakter van de meegedeelde informatie te vrijwaren door allerlei beperkingen op te leggen inzake het gebruik en de verspreiding ervan.

**Voorbeeld: “User Submissions.** Other than personally identifiable information, which is discussed below, you agree that any material, content, files, messages, information and other communication you transmit or post to this Site (hereinafter “Communications”) will be considered non-confidential and non-proprietary. You agree that EFI and its designees, agents, partners, and affiliates will have no obligations with respect to your Communications. You agree that EFI and its designees, agents, partners and affiliates may freely use, copy, modify, publicly perform, publicly display, create derivative works from, disclose, make, sell, license, distribute, advertise, incorporate and otherwise use your Communications and all data, images, sounds, text, and other things embodied therein for any and all commercial and non-commercial purposes, including without limitation marketing and the development of products and services. You further agree that EFI and its designees, agents, partners and affiliates may freely use all Communications and all feedback and contributions you provide on-line and off-line to create, improve, modify, create derivative works of, make, use, sell, license, distribute, publicly perform, publicly display, market, and advertise software, products, services, information, communications and content, including without limitation the Software, Services and Materials”<sup>30</sup>.

Bedrijven kunnen ook gebruik maken van *end user license agreements* (die onder meer *terms of use* kunnen bevatten) voor de bescherming van producten die op grote schaal worden verspreid, zoals software. Het doel van deze overeenkomsten is eveneens om allerlei beperkingen op te leggen aan de licentienemer teneinde het vertrouwelijke karakter van de informatie die verband houdt met het product te beschermen, zoals een verbod op *reverse engineering* of op het doorgeven van de informatie aan onbevoegde derden.

**Voorbeeld: “1.3. Copies and Modifications.** You may not reverse engineer, decompile, disassemble, or otherwise translate the Software or any license keys you have obtained. You may not modify or adapt the Software or any license keys that you have obtained in any way.

**2.3. Proprietary Rights to Software and Trademarks.** You acknowledge that the Software and the Documentation are proprietary to Parallels, and the Software and Documentation are protected under United States copyright law and international treaties. You further acknowledge and agree that, as between you and Parallels, Parallels owns and shall continue to own all right, title, and interest in and to the Software and Documentation, including associated intellectual property rights under copyright, trade secret, patent, or trademark laws. This Agreement does not grant you any ownership interest in or to the Software or the Documentation [...].

---

<sup>30</sup> <http://www.efi.com/terms-of-use.asp>. De verwijzingen naar internetlinks werden laatst geconsulteerd in juli 2010.

**2.4. Confidentiality.** You shall permit only authorized users, who possess rightfully, obtained license keys, to use the Software or to view the Documentation. Except as expressly authorized by this Agreement, you shall not make available the Software, Documentation, or any license key to any third party. You will use your best efforts to cooperate with and assist Parallels in identifying and preventing any unauthorized use, copying, or disclosure of the Software, Documentation, or any portion thereof<sup>31</sup>.

**14. Borden, affiches en stempels.** De plaatsing van borden en affiches of het aanbrengen van stempels voor de totstandbrenging van rechtsgevolgen is, in tegenstelling tot de voorgaande twee technieken, reeds een gevestigd juridisch fenomeen. Eigenaars of uitbaters van terreinen wenden deze technieken aan om bepaalde mededelingen te doen of eisen te stellen aan de personen die deze plaatsen betreden. Voorbeelden in dit verband zijn boodschappen die wijzen op gevaarlijke situaties, dat bepaalde locaties niet voor elke bezoeker toegankelijk zijn of die stellen dat de eigenaar niet aansprakelijk is voor ongevallen of voor diefstal, dat breken gelijk staat aan betalen, etc. Sommige auteurs schuiven het gebruik van borden en stempels ook naar voren als strategie voor de *contractuele* bescherming van geheime informatie<sup>32</sup>.

Een voorbeeld van het eerste is het aanbrengen van een bord met het symbool “verboden toegang” zoals dit wordt gehanteerd door de wetgeving op het wegverkeer<sup>33</sup> of een bord met de boodschap “verboden toegang voor onbevoegden” of “privaat domein”. Een voorbeeld van de bestempeling is het aanbrengen van de boodschap “vertrouwelijk” of “geheim” op het document.

**15. Onpersoonlijke, gestandaardiseerde karakter van deze technieken.** Deze technieken kunnen worden bestempeld als “onpersoonlijk” omdat zij bestemd zijn om zonder voorafgaande onderhandelingen rechten en plichten tot stand te brengen tussen de informatieverstrekker en een onbepaald aantal informatieontvangers en “gestandaardiseerd” omdat zij op dezelfde wijze worden gepresenteerd aan elke potentiële informatieontvanger. In welke mate bereiken dergelijke constructies hun doel? Ondanks het wijd verspreide gebruik van disclaimers, *terms of use* en de plaatsing van bordjes bestaat onzekerheid over het nut en de precieze (buiten)contractuele rechtsgevolgen ervan. Daarom dient het juridische kader voor deze technieken te worden geschetst voor de bescherming van vertrouwelijke informatie. In wat volgt wordt nagegaan of deze technieken in staat zijn om een overeenkomst tot stand te brengen tussen de informatieverstrekker en de informatieontvanger.

**16. Toepassing van de gemeenrechtelijke totstandkomingsvereisten en bewijsregels.** De genoemde technieken zijn onderworpen aan de totstandkomingsvereisten en bewijsregels van het gemene contractenrecht. Een

---

<sup>31</sup> <http://www.parallels.com/en/eula>.

<sup>32</sup> J.M. MOUSSERON, *Traité des brevets*, I, *L'obtention des brevets*, Parijs, Librairies techniques, 1984, nr. 248; F. NAMOUR, 134, nr. 313; A. LATRAILLE, “Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat (1re partie)”, *Petites Affiches* 2006, 4, nr. 71.

<sup>33</sup> Cf. borden C1 en C3 zoals geregeld in art. 68 van het Koninklijk besluit van 1 december 1975 houdende algemeen reglement op de politie van het wegverkeer en van het gebruik van de openbare weg, BS 9 december 1975.

persoon is pas gebonden door een overeenkomst na diens toestemming (art. 1108 BW). Hij die zich op een bepaalde overeenkomst beroept is gehouden om het bestaan daarvan te bewijzen en draagt het risico van het uitblijven van dit bewijs (art. 1315 BW<sup>34</sup>). De partij die beweert dat zij via deze technieken een overeenkomst is aangegaan, moet daarom het bestaan van een wilsovereenstemming aantonen. Het bewijs van deze wilsovereenstemming is zelden problematisch voor klassieke geheimhoudingsovereenkomsten of voor geheimhoudingsbedingen die met één of enkele welbepaalde geïnteresseerden worden aangegaan en die als één geheel of gelijktijdig met de contractuele basisverhouding worden aanvaard. Deze contractuele afspraken kunnen bovendien worden vastgelegd in een onderhandse akte. Dit *instrumentum* geniet een aanzienlijke bewijswaarde. Een onderhandse akte heeft tussen de betrokken partijen dezelfde bewijskracht als een authentieke akte indien zij ondertekend is (art. 1322 BW) en, voor wederkerige overeenkomsten, is opgesteld in zoveel originele exemplaren als er partijen zijn met dezelfde belangen (art. 1325 BW). Een akte moet in burgerlijke zaken bovendien worden opgesteld voor alle zaken die de som of waarde van 375 euro te boven gaan (art. 1341 BW, met uitzonderingen in artt. 1347 en 1348 BW).

De aanwending van onpersoonlijke technieken kan problematisch zijn voor overeenkomsten die onderworpen zijn aan de bewijsregels van het burgerlijke recht. De aanvaarding die bijvoorbeeld af te leiden valt uit de betreding van een terrein met een bord “verboden toegang” of het gebrek aan protest tegen een e-maildisclaimer voldoet immers niet aan de formaliteiten die gelden voor de onderhandse akte. De elektronische sluiting van een *eula* kan daar wel aan voldoen mits inachtnaam van de vereisten van artikel 1322, tweede lid en 1325 BW. Het eerste artikel voorziet dat een elektronische handtekening gelijk kan<sup>35</sup> worden gesteld met een eigenhandig geplaatste handtekening indien zij aan een bepaalde persoon kan worden toegerekend en het behoud van de integriteit van de inhoud van de akte aantoonst. De tweede bepaling vereist dat een exemplaar wordt opgesteld voor elke partij met een onderscheiden belang. De formaliteiten kunnen worden vervuld door de gebruiker van de software te onderwerpen aan een online registratieproces waarbij hij zijn identiteit moet meedelen en waarbij naderhand een e-mail met een weergave van de ondertekende *eula* wordt teruggezonden. Zowel de instemming van de gebruiker met een *eula* (zonder dat voldaan is aan de voorwaarden voor een onderhandse akte) als het beantwoorden van een e-mail met het oorspronkelijke bericht, inclusief disclaimer, opgenomen in bijlage of herhaald onderaan de eigen boodschap kan wel worden aangewend als een *begin van geschreven bewijs* (art. 1347 BW).

De bewijzlevering ten aanzien van handelaars is weliswaar vrij (art. 25 W. Kh. *juncto* 1341 BW)<sup>36</sup>, maar ook handelaars zullen waar mogelijk een voorkeur hebben voor het

---

<sup>34</sup> Zie uitgebreid over deze bepaling: N. VERHEYDEN-JEANMART, “La charge de la preuve” in *La preuve*, Colloquium 12 en 13 maart 1987, UCL, 1-62.

<sup>35</sup> Deze bepaling legt geen absolute verplichting op, maar biedt de rechter een afwegingsmogelijkheid.

<sup>36</sup> Rb. Brussel 13 oktober 2000, *JLMB* 2001, 751; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, 251-252, nr. 213; A. CLABOTS, “Titel IV Bewijs van handelsverbintenissen – Commentaar bij art. 25 W. Kh.” in *Artikelsgewijze commentaar Handelsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2001, nr. 1; X. DIEUX, “La preuve en droit commercial” in *La preuve*, Colloquium 12 en 13 maart 1987, *s.l.*, UCL, 1; G.L.

opstellen van een schriftelijke neerslag van hun verbintenissen met het oog op de vergemakkelijking van de bewijslast, zodat de aanvaarding van de overeenkomst of het beding ook hier geen bijzondere bewijsmoeilijkheden met zich mee hoeft te brengen.

## 1.2 Doelstelling van deze technieken

**17.** De gestandaardiseerde, onpersoonlijke technieken hebben twee belangrijke doelstellingen in de context van het contracteren over de verstrekking van informatie. Zij kunnen enerzijds beogen de informatieverstrekker te exonereren van de inhoud van de informatieverstrekking en anderzijds een geheimhoudingsplicht ten aanzien van de informatie op te leggen aan de informatieontvanger.

**18. Exoneratie.** De gebruiker van de eenzijdige techniek kan trachten om zich te exonereren. Exoneratiebedingen zijn bedingen waarbij één van de partijen een voor haar voordelige afwijking stipuleert van de gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsregeling. In de context van informatieverstrekking is een exoneratie bestemd om de aansprakelijkheid van de informatieverstrekker te beperken op het vlak van de juistheid van de informatie of de geschiktheid ervan voor het bereiken van bepaalde doelstellingen. Deze beperkingen kunnen uitsluitend worden bedongen ten aanzien van de informatieontvanger. Het is wegens het principiële gebrek aan derdenwerking van de overeenkomst immers niet mogelijk om de aansprakelijkheid rechtstreeks te beperken ten aanzien van derden. Het Belgische contractenrecht biedt partijen daarbij voldoende speelruimte om zich contractueel te exonereren in hun onderlinge rechtsbetrekkingen. Die mogelijkheid bestaat zowel voor contractuele<sup>37</sup> als voor buitencontractuele<sup>38</sup> aansprakelijkheid. De regels van de buitencontractuele

---

BALLON, "Het bewijs in handelszaken. De algemene principes, met speciale aandacht voor specifieke bewijsregelen in overeenkomsten tussen een professioneel en een consument" in A. DE BOECK, S. STIJNS en R. VAN RANSBEECK (eds.), *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, (97) 113-127; Y. DE CORDT en G. PARISIS, "La preuve et l'information dans la vie des sociétés: principes généraux" in O. CAPRASSE (ed.), *Preuve et information dans la vie des sociétés*, Brussel, Larcier, 2010, (9) 14-17. Zie tevens iets genuanceerder: M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1962, 86, nr. 76 en 267, nr. 290.

<sup>37</sup> Cass. 12 februari 2004, *NjW* 2004, 914, noot F. VANDENDRIESSCHE en *Pas.* 2004, 256.

<sup>38</sup> Cass. 29 september 1972, *Arr. Cass.* 1973, 121; Cass. 6 oktober 1977, *Arr. Cass.* 1978, 163; Cass. 10 februari 1981, *Arr. Cass.* 1980-81, 643; Antwerpen 16 januari 1996, *RW* 1995-96, 1417; Antwerpen 5 februari 1980, *RW* 1980-81, 1785; Kh. Antwerpen 12 juni 1995, *TBH* 1995, 908; Pol. Brugge 29 juni 2006, *TGR* 2007, 19. J. VAN RYN, "Les clauses de non-responsabilité. Etude de quelques restrictions à leur validité", *RGAR* 1931, 703.1-2; C. RENARD, [Exposé introductif général sur les clauses de non responsabilité], *Act. Dr.* 1959, (442) 458; J. LEHRER, "Des clauses d'irresponsabilité", *RGAR* 1962, 6800-5; A. KLUYSKENS, *De verbintenissen*, 1938, 494, nr. 390; H. DE PAGE, II, 425, nr. 462 A, 577-578, nr. 608 en 1018-1021, nrs. 1053-1056; J. RUTSAERT, "Législation et jurisprudence belges en matière de responsabilité civile du fait des produits", *De Verz.* 1979, (309) 330; M. DOUTREWE, noot onder Luik 11 maart 1981, *JL* 1982, 3; R. KRUTHOF, "Contractuele aansprakelijkheidsregelingen", *TPR* 1984, (233) 265; P. MAHAUX, conclusie bij Cass. 25 september 1959, *Pas.* 1960, I, (113) 114. Het Franse recht beschouwt de exoneratie voor buitencontractuele schade tot nader order als strijdig met de openbare orde (P. DELBECQUE, "Fasc. 21 : Régime de la réparation – Modalités de la réparation – Règles particulières à la responsabilité contractuelle – Conventions relatives à la responsabilité", *JurisClasseur Civil Code*, 25 januari 2005, nr. 12). Ook in België kan men zich niet vrijtekenen van bepalingen van openbare orde (P. MAHAUX, conclusie bij Cass. 25 september 1959, *Pas.* 1960, I, (113) 117-118), maar wordt de algemene buitencontractuele aansprakelijkheidsregeling niet beschouwd als

aansprakelijkheid worden namelijk (behoudens totale uitholling ervan) niet geacht de openbare orde aan te belangen, zodat de partijen de buitencontractuele aansprakelijkheidsregeling kunnen contractualiseren met een zelfstandige exoneratieovereenkomst (doorgaans ook in deze context “exoneratiebeding” genoemd).

**Voorbeelden:** “The information in this e-mail is supplied on the condition that the reader or any other person receiving the information will make their own determination as to its suitability for any purpose prior to any use of the information. [Naam bedrijf] or its related companies are not responsible for damages resulting out of the use of or reliance upon the information.”

“E-mail transmission cannot be guaranteed to be secure or error-free as information could be intercepted, corrupted, lost, destroyed, arrive late or incomplete, or contain viruses. The sender therefore does not accept liability for any errors or omissions in the contents of this message which arise as a result of e-mail transmission. If verification is required please request a hard-copy version.”

Deze eerste doelstelling heeft geen betrekking op de bescherming van geheime informatie. Zij blijft niettemin relevant in deze context. Er is namelijk een aanzienlijke hoeveelheid rechtspraak en rechtsleer over het gebruik van onpersoonlijke technieken met het oog op exoneratie, terwijl amper bronnen beschikbaar zijn die specifiek betrekking hebben op de totstandbrenging van geheimhoudingsplichten. De lessen die te trekken vallen uit het gebruik van onpersoonlijke technieken voor de exoneratie zijn daarom *mutatis mutandis* transposeerbaar naar de tweede doelstelling aangezien de onderliggende problematiek van hun totstandkoming dezelfde is.

**19. Geheimhouding.** Een andere doelstelling is de bescherming van de informatie door de oplegging van allerlei beperkingen aan het gedrag van de informatieontvanger. De beoogde bescherming kan betrekking hebben op het *instrument van de informatieoverdracht*. Dit is bijvoorbeeld het geval voor disclaimers die voorzien in een doorstuur- of kopieerverbod van de e-mail als dusdanig. Zij kan de inhoud van de informatiedrager viseren via een verspreidings- en exploitatieverbod. Van dit laatste is bijvoorbeeld sprake bij *eula's* die voorzien in een zogenaamde “gagwrap”<sup>39</sup> of “Dewitt” clause<sup>40</sup>, een verbod op *reverse engineering* of een verplichting om onbevoegde derden de toegang te ontfangen tot de eigen kopie van de software (cf. *supra* randnr. 13). De informatieverstrekker kan bovendien trachten om de kennisname of het gebruik van de informatie door onbevoegde derden

---

van openbare orde. Dit betekent wel dat men zich niet contractueel kan vrijtekenen voor een inbreuk op strafrechtelijke bepalingen gelet op het openbare orde karakter van het strafrecht: Gent 17 april 1970, *RW* 1972-73, 415.

<sup>39</sup> G. BELMAS en B. LARSON, “Clicking away your speech rights: the enforceability of gagwrap licenses”, *Communication Law and Policy* 2007, 37-89. Dit zijn clausules die de eindgebruiker onder meer kunnen verbieden om de resultaten van *benchmark tests* of recensies te publiceren zonder toestemming van de onderneming.

<sup>40</sup> *Ibid.*, (37) 40-41; A. READ, “Dewitt clauses: can we protect purchasers without hurting Microsoft?”, *Review of Litigation* 2006, 387-421 (25 Rev. Litig. 387).



te verhinderen door hen dit rechtstreeks te verbieden en, indien zij toch kennis nemen, om hen te onderwerpen aan dezelfde beperkingen als bevoegde informatieontvangers.

**Voorbeeld:** “This e-mail may contain confidential information. It is intended only for use by the addressee(s). Any transmission or disclosure of this information by unauthorised persons is strictly prohibited and will be prosecuted to the fullest extent of the law”.

### 1.3 Contractuele grondslag van hun bindende kracht

**20. Eenzijdige wilsuiting?** De onpersoonlijke technieken kunnen in eerste instantie worden opgevat als een poging van de informatieverstrekker om de gewenste contractuele rechtsgevolgen eenzijdig op te leggen aan de informatieontvanger:

**Voorbeeld:** “If you are not the intended recipient, or have received this e-mail in error, please notify the sender immediately and delete this e-mail. Any other actions are not permitted by the sender.”

Deze aanpak resulteert in een louter *eenzijdige wilsuiting* van de informatieverstrekker<sup>41</sup> die geen enkele afdwingbare contractuele verplichting doet ontstaan in hoofde van de ontvanger. Een partij kan niet eenzijdig contractuele verplichtingen opleggen<sup>42</sup>. Eenzijdige wilsuitingen binden, behoudens aanvaarding, immers enkel de persoon van wie de wil uitgaat<sup>43</sup>. De informatieverstrekker riskeert daardoor net dat de inhoud van zijn eenzijdige wilsuiting *tegen* hem wordt opgeworpen<sup>44</sup>. Deze mogelijkheid hangt mede af van de mate waarin de persoon die de wilsuiting doet de bedoeling heeft om juridisch gebonden te zijn<sup>45</sup>.

---

<sup>41</sup> Dit geldt ook voor de plaatsing van borden en affiches: A. ROBERT, “Une source mineure de droits civils: les affiches et les écritaux”, *JCP* 1958, I, 1458, nr. 4.

<sup>42</sup> Zie bv. voor exonerationbedingen: Antwerpen 20 maart 1996, *ETL* 1996, 721; Antwerpen 16 januari 1996, *RW* 1995-96, 1417; Antwerpen 5 februari 1980, *RW* 1980-81, 1785; Rb. Antwerpen 24 oktober 2006, *NjW* 2007, 325; Rb. Luik 31 maart 1981, *JL* 1982, 5; Kh. Namen 20 augustus 1964, *JL* 1964-65, 189; Kh. Brussel 31 januari 1950, *De Verz.* 1950, 618; Kh. Oostende 7 augustus 1930, *RGAR* 1930, 657; Pol. Antwerpen 3 februari 2000, *TAVW* 38; Vred. Brussel (IV) 26 januari 1956, *De Verz.* 1956, 773, noot MG; *RPDB*, v° Responsabilité, 450, nr. 1629; R. DALCQ, “Traité de la responsabilité civile. 2: Le lien de causalité, le dommage et sa réparation” in *Les Nouvelles. Droit Civil*, V.II, Larcier, Brussel, 1962, 784, nr. 4290; J. LEHRER, “Des clauses d’irresponsabilité”, *RGAR* 1962, 6800-6; F. LAURENT, t. 27, 166-168, nr. 145. Voor factuurvoorwaarden: Brussel 28 november 2003, *RW* 2007-08, 236; B. KOHL en D. GRISARD, “Les clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité insérées dans les conditions générales: leurre ou évidence?” in *Les conditions générales*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, (75) 83 *et seq.* en de verwijzingen aldaar. Voor de wijziging van algemene voorwaarden bij een verzekeringspolis: Vred. Moeskroen 16 november 1998, *T. Vred.* 1999, 454. Voor een aanbod: Bergen 3 december 1996, *JT* 1997, 299.

<sup>43</sup> C. CAUFFMAN, *De verbindende eenzijdige belofte*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 34-36 (deze auteur definieert de notie ‘verbindende eenzijdige belofte’ of ‘verbintenisscheppende eenzijdige wilsuiting’ als de handeling die leidt tot een gebondenheid van de belover zonder dat hiertoe de medewerking van de begunstigde is vereist); C. CAUFFMAN, “Standard Clauses and Unilateral Promises” in H. COLLINS (ed.), *Standard contract terms in Europe*, Alphen aan de Rijn, Kluwer Law International, 2008, (245) 252. Zie ook G. BAUDRY-LACANTINERIE en L. BARDE, XII, 34, nr. 27 (“je puis bien vouloir seul, mais je ne peux pas consentir seul”) en 41, nr. 29 (“Il est de toute évidence qu’une personne ne peut pas acquérir un droit de créance par le simple effet de sa propre volonté”).

<sup>44</sup> Cass. 9 mei 1980, *Arr. Cass.* 1979-80, 1132, noot; A. ROBERT, “Une source mineure de droits civils: les affiches et les écritaux”, *JCP* 1958, I, 1458, nr. 5. Indien een disclaimer beperkingen voorziet op het vlak van de elektronische totstandkoming van overeenkomsten (bv. “wij sluiten nooit overeenkomsten langs elektronische weg” of “de overeenkomst komt pas tot stand mits bevestiging bij aangetekend schrijven”), zou de ontvanger die daar belang bij heeft zich er bijvoorbeeld op kunnen beroepen *tegen*

Het principe dat de louter eenzijdige wilsuiting geen invloed heeft op de rechtspositie van haar bestemming is vatbaar voor nuancering. Een eerste uitzondering is de toekenning van een *mogelijkheid tot partijbeslissing in het raam van een bestaande contractuele relatie*. Hierbij krijgt één van de partijen bijvoorbeeld de bevoegdheid om eenzijdig te beslissen welke informatie onderworpen is aan geheimhouding. Deze bevoegdheid is als dusdanig echter niet gebaseerd op een eenzijdige wilsuiting, maar op een voorafbestaand wederzijds akkoord. In het verlengde daarvan kan de aard van de relatie een beperkt recht tot eenzijdige wilsuiting rechtvaardigen. Zo beschikt de werkgever over het prerogatief om instructies te geven met het oog op de uitvoering van de arbeidsovereenkomst (art. 17, 2° Arbeidsovereenkomst). Deze eenzijdige wilsuiting kan bijvoorbeeld gebeuren door affiches en dit bindt de werknemer<sup>46</sup>. Een tweede uitzondering is het prerogatief van overheidsinstanties<sup>47</sup> om *bepalingen met een reglementair karakter op te leggen bij de levering van een openbare dienst*. De geadresseerde dient dergelijke bepalingen niet persoonlijk te aanvaarden opdat ze hem zouden binden<sup>48</sup>. Een laatste uitzondering is de uitoefening van wilsrechten die voortvloeien uit een *specifieke wettelijke bepaling*. Zo kunnen de betrokkenen bij een elektronisch bericht op basis van artikel 124 Wet Elektronische Communicatie<sup>49</sup> de toestemming geven om bepaalde gegevens te verwijderen, te wijzigen of te gebruiken aan de verkrijger van een bericht waarvan hij niet de persoonlijke bestemming was of op basis van artikel 314bis, §1 Sw. de toestemming geven aan een buitenstaander om een communicatie tijdens de overbrenging ervan af te luisteren, op te nemen of om er kennis van te nemen. Hier is geen sprake van een contractuele verplichting tot geheimhouding, maar van een vooraf bestaande wettelijke strafbepaling die bepaalde gedragingen verbiedt (en die zo het geheime karakter van de inhoud van of metagegevens over communicatie vrijwaart) behoudens toestemming van de beschermde personen.

Een eenzijdige wilsuiting volstaat op zichzelf evenmin om een buitencontractuele bescherming tot stand te brengen. Zo werd geoordeeld dat de bestempeling van documenten met de vermelding “attorney-client privilege” niet volstond als bewijs dat zij zakengeheimen bevatten in de zin van de Maryland Uniform Trade Secrets Act (Md.Code, Commercial Law, §§ 11-1201 tot 11-1209)<sup>50</sup>. In

---

de verzender van het bericht om het bindende karakter van elektronisch gemaakte afspraken te betwisten. Zie voor een Amerikaans voorbeeld m.b.t. een interne *Chinese wall* richtlijn: Supreme Court New York (New York County) 25 juni 1997, *ADT Operations v. Chase Manhattan Bank*, 173 Misc. 2d 959 (“[...] the bank’s own internal policies forbid such disclosure and create a ‘Chinese Wall’ between its corporate loan department and its mergers and acquisitions division” – dit is echter geen uitspraak ten gronde, maar slechts een uitspraak die verdere *discovery* toestaat i.v.m. betwiste feiten).

<sup>45</sup> Een belofte op erewoord tot geheimhouding resulteert bijvoorbeeld niet noodzakelijk in een juridisch afdwingbare verbintenis (R. VAN LENNEP, *De geheimhouding*, Antwerpen, Standaard, 1950, 188, met verwijzing naar Rb. Luik 26 juli 1839, *Cl. et B.* 1839, XI, 216; *Pand. b.*, v° Secret).

<sup>46</sup> Cf. J. VANTHOURNOUT, *Het arbeidsreglement in Collectie bedrijfsrecht*, Brugge, Vanden Broele, 2007, 84, nr. 99.

<sup>47</sup> Zie hierover A. VAN OEVELEN, “De contractuele versus de reglementaire rechtsverhouding tussen openbare nutsbedrijven en hun gebruikers, en de rechterlijke toetsing van de in die rechtsverhouding gehanteerde exoneratieclausules” (noot onder Cass. 4 december 2000), *RW* 2002-03, 1578-1583.

<sup>48</sup> Cass. 4 december 2000, *Arr. Cass.* 2000, 1904 en *RW* 2002-03, 1578, noot A. VAN OEVELEN; Gent 30 juni 2006, *TGR-TWVR* 2008, 114; Luik 7 maart 2006, *JLMB* 2006, 834.

<sup>49</sup> Wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, *BS* 20 juni 2005, 28070.

<sup>50</sup> US District Court (D. Maryland) 28 april 1994, *Diamond v. T. Rowe Price Associates, Inc.*, 852 F. Supp. 372 (“That several documents are emblazoned with the words ‘attorney-client privilege’ does not show that they contain trade secrets. This warning proves nothing”).

Frankrijk werd verder geoordeeld dat de bestempeling van documenten niet *ipso facto* resulteert in een verbintenis tot geheimhouding<sup>51</sup>.

De eenzijdige mededeling laat de meester van het geheim wel toe om te wijzen op het bestaan van buitencontractuele beschermingsmechanismen (zoals intellectuele rechten). De signalisatie of waarschuwing van het geheime karakter kan in sommige gevallen ook bijdragen tot de vervulling van de toepassingsvereisten van buitencontractuele mechanismen, bijvoorbeeld voor bescherming die geldt indien de (buitencontractuele) informatieverkrijger op de hoogte is of behoort te zijn van dit geheime karakter en de informatie werd verstrekt in omstandigheden die een geheimhoudingsplicht impliceren<sup>52</sup>. De signalisatie of waarschuwing kan ook het bewijs van kwade trouw vereenvoudigen. De wet geeft het slachtoffer van een inbreuk op bepaalde specifieke intellectuele rechten namelijk toegang tot bijkomende sanctiemogelijkheden in geval van kwade trouw door de persoon die de inbreuk begaat<sup>53</sup>.

Wat de buitencontractuele bescherming van e-mails betreft, kan specifiek worden gewezen op artikel 124 Wet Elektronische Communicatie<sup>54</sup>. De letterlijke lezing van dit artikel (en in het bijzonder het vierde lid ervan)<sup>55</sup> leidt tot een zeer ruime delictomschrijving die pogingen tot contractuele bescherming op basis van disclaimers grotendeels overbodig lijkt te maken. Recente rechtspraak

---

<sup>51</sup> Cour d'appel Versailles (12<sup>e</sup> kamer) 26 februari 2004, nr. JurisData: 2004-234664; Ch. ATIAS, "Qui s'engage à informer s'oblige, envers le tiers sur lesquels l'information est donnée, à ne pas déformer la réalité" (noot onder Cour d'appel Versailles (12<sup>e</sup> kamer) 26 februari 2004), *D* 2004, 1694 ("La seule mention du caractère confidentiel des informations fournies, portée sur le rapport remis au client, ne vaut pas engagement de confidentialité").

<sup>52</sup> Zie bv. de rechtsfiguur van de *breach of confidentiality* naar Engels recht: P. STANLEY, *The law of confidentiality*, Oxford, Hart Publishing, 2008, 25 *et seq.*; zie tevens de definitie van *misappropriation* in de Amerikaanse modelwetgeving van de *Uniform Trade Secrets Act* en modelregel II. – 3:302 i.v.m. onderhandelingen in de *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) ("If confidential information is given by one party in the course of negotiations, the other party is under a duty not to disclose [...]. In this Article, 'confidential information' means information which, either from its nature or the circumstances in which it was obtained, the party receiving the information knows or could reasonably be expected to know is confidential to the other party").

<sup>53</sup> Zie hiervoor de opsomming in voetnoot 1316.

<sup>54</sup> Daarnaast biedt ook 314bis Sw. bescherming tegen de af luistering, kennisname of opname van communicatie tijdens de overbrenging ervan door *derden* die er niet aan deelnemen en die evenmin de toestemming hebben van alle deelnemers aan de communicatie. De strafbare handeling moet wel opzettelijk en met behulp van enig toestel gebeuren. Ook strafbaar zijn handelingen t.a.v. de inhoud van communicatie waarvan men weet dat ze onwettig is afgeluisterd of opgenomen of dat er onwettig van is kennisgenomen. Een disclaimer is dan ook niet vereist om deze strafrechtelijke bescherming tot stand te brengen t.a.v. buitenstaanders, al staat niets de toevoeging van een disclaimer in de om het niet-publieke karakter van de communicatie (en dus het gebrek aan toestemming tot af luisteren, kennisnemen of opnemen in het raam van deze strafbepalingen) extra te benadrukken. Art. 259bis Sw. viseert specifiek het onrechtmatig af luisteren, kennisnemen of opnemen van communicatie (en aanverwante handelingen) door openbare ambtenaren in het raam van hun functie.

<sup>55</sup> "Indien men daartoe geen toestemming heeft gekregen van alle andere, direct of indirect betrokken personen, mag niemand: 1° met opzet kennis nemen van het bestaan van informatie van alle aard die via elektronische weg is verstuurd en die niet persoonlijk voor hem bestemd is; 2° met opzet de personen identificeren die bij de overzending van de informatie en de inhoud ervan betrokken zijn; 3° onverminderd de toepassing van de artikel en 122 en 123, met opzet kennis nemen van gegevens inzake elektronische communicatie en met betrekking tot een andere persoon; 4° de informatie, identificatie of gegevens die met of zonder opzet werden verkregen, wijzigen, schrappen, kenbaar maken, opslaan of er enig gebruik van maken" (eigen cursivering).

interpreteerde deze wetsbepaling echter op een meer genuanceerde en pragmatische wijze: “Op grond van [art. 124, 4° Wet Elektronische Communicatie] mag niemand de informatie die hij met of zonder opzet heeft gekregen, gebruiken. Bedoeld wordt natuurlijk het gebruik van de informatie die werd verkregen in strijd met de bepalingen [sic] van dit artikel. [...] Partijen zijn het erover eens dat aanlegster deze informatie verkregen heeft van de bestemming [...]. Verboden is het gebruik van informatie tussen derden waarvan men al dan niet met opzet kennis krijgt, zonder medeweten van de betrokkene. *In casu* heeft aanlegster de berichten gekregen van de bestemming, die deze natuurlijk wel mag doorgeven en gebruiken in rechte. [...] Indien de redenering van verweerster wordt doorgetrokken, zou geen enkele e-mail meer mogen gebruikt worden als bewijsmiddel, ook niet door de bestemming ervan, tenzij mits akkoord van de verzender. Dit zou ieder bewijs in het moderne handelsverkeer onmogelijk maken. Een elektronische brief geniet dezelfde bescherming als een gewone brief. Dit betekent dat hij door de bestemming van de brief mag gebruikt worden”<sup>56</sup>. Het toepassingsgebied van artikel 124 Wet Elektronische Communicatie is dan ook beperkter dan men op basis van de letterlijke lezing zou vermoeden<sup>57</sup>, want niet van toepassing op bestemmingen en personen die via deze bestemmingen op legitieme wijze kennis nemen van de beschermde gegevens<sup>58</sup>.

**21. Wilsovereenstemming als grondslag voor de bindende kracht van onpersoonlijke technieken voor de bescherming van informatie.** Een éenzijdige wilsuiting alleen volstaat niet om verplichtingen op te leggen aan de bestemming ervan (behoudens andersluidende contractuele afspraken of wettelijke bepalingen). De onpersoonlijke techniek moet daarom worden vastgeknoopt aan een specifieke wettelijke grondslag die toelaat om de vertrouwelijkheid op bindende wijze te garanderen. Een voor de hand liggende grondslag is het eerste lid van artikel 1134 BW, waarin wordt gesteld dat een geldige overeenkomst de partijen tot wet strekt. De geldigheid van de overeenkomst vereist onder meer de toestemming van de partijen (art. 1108 BW).

Een overeenkomst kan bijgevolg wel een afspraak bevatten die de meester van het geheim het recht toekent om eenzijdig te bepalen welke informatie geheim moet worden gehouden (*infra* randnr. 275).

Het is in dit verband interessant om te wijzen op een alternatieve analyse<sup>59</sup> voor de klassieke visie die de bindende kracht van de hier bestudeerde mededelingen baseert op de wilsovereenstemming. Deze

---

<sup>56</sup> Voorz. Kh. Tongeren 26 september 2006, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2006, 607. Zie tevens de in het tweede middel aangehaalde passage van Antwerpen 6 september 2007 in Cass. 1 oktober 2009, *Limb. Rechtsl.* 2010, 77, noot B. PONET (“Niet betwist is dat de mails gericht aan D. door deze laatste aan (de eiseres) werden overgemaakt; D. kon als bestemming vrij beschikken over deze mails die op rechtmatige wijze in het bezit zijn gekomen van (de eiseres) die er zoals door de eerste rechter beslist gebruik van mag maken”). Zie wel *contra* op basis van oudere wetgeving: Arbh. Brussel 10 februari 2004, *Soc. Kron.* 2006, 141.

<sup>57</sup> Zie bovendien ook de artikelen 125 en 128 Wet Elektronische Communicatie. Deze artikelen voorzien uitdrukkelijke uitzonderingen op artikel 124 Wet Elektronische Communicatie en 259*bis* en 314*bis* Sw.

<sup>58</sup> Zie ook nog over het toepassingsgebied: Arbrb. Brussel 4 december 2007, *JTT* 2008, 179, noot.

<sup>59</sup> E. DIRIX, “Exoneratiebedingen”, *TPR* 1988, (1171) 1184. Zie kritisch: S. STIJNS, “Contractualisering van sancties in het privaatrecht, inzonderheid bij contractuele wanprestatie”, *RW* 2001-02, (1258) 1262 (deze auteur stelt dat de rechtspraak deze strekking niet volgt en dat het hoe dan ook evenmin een duidelijk onderscheidingscriterium biedt omdat zij afhangt van een concrete invulling door de rechters); B. KOHL en D. GRISARD, “Les clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité insérées

alternatieve strekking poneert (t.a.v. exoneratiebedingen) dat het legitieme verwachtingspatroon van de bestemming van de mededeling moet worden bekeken en niet zijn zogenaamde stilzwijgende aanvaarding, die namelijk te kunstmatig wordt geacht.

Dit geldt ook voor de bepalingen van een arbeidsreglement<sup>60</sup>. Dit reglement mag (naast de verplichte onderdelen) elke bepaling bevatten waarover de werkgever en werknemers het eens zijn<sup>61</sup>. Dit biedt echter geen vrijgeleide om af te wijken van dwingende wettelijke bepalingen. De bijkomende afspraken in het arbeidsreglement moeten, zoals elk ander contractueel instrument, het bestaande dwingende wettelijke kader respecteren<sup>62</sup>. Een geheimhoudingsbeding in het arbeidsreglement mag op basis van artikel 6 Arbeidsovereenkomstenwet, dat zich uitstrekt tot het arbeidsreglement (*infra* randnr. 145), bijgevolg niet nadeliger zijn voor de werknemer dan de regeling van artikel 17, 3° Arbeidsovereenkomstenwet. Bovendien moet het arbeidsreglement worden aanvaard door de werknemer opdat het deel zou uitmaken van diens individuele arbeidsvoorwaarden<sup>63</sup>. De latere wijziging van niet-wettelijk voorgeschreven bepalingen uit het arbeidsreglement moet eveneens worden aanvaard door elke werknemer (al kan dit ook stilzwijgend gebeuren). Zoniet riskeert de eenzijdige wijziging van de arbeidsrelatie uit te monden in een eenzijdige beëindiging wegens wanprestatie, althans indien het gaat om een essentieel element<sup>64</sup>.

---

dans les conditions générales: leurre ou evidence?”, (75) 92-94 (deze auteurs geven de voorkeur aan de klassieke visie en wijzen er op dat de uitkomst van beide benaderingswijzen gelijkaardig is).

<sup>60</sup> Zie uitgebreid over dit document: J. VANTHOURNOUT, *Het arbeidsreglement* in *Collectie bedrijfsrecht*, Brugge, Vanden Broele, 2007, 320p.

<sup>61</sup> Art. 10, §1 Wet van 8 april 1965 tot instelling van de arbeidsreglementen, *BS* 5 mei 1965.

<sup>62</sup> Cass. 14 oktober 1991, *Arr.Cass.* 1991-92, 145, concl. H. LENAERTS (beding in het arbeidsreglement waarbij de werkgever zich het recht voorbehoudt om de arbeidsplaats eenzijdig te wijzigen is niet nietig omdat het *in casu* niet ging om een essentieel element); Arbh. Luik 12 februari 1992, *JTT* 1992, 454 (de bepaling van een arbeidsreglement die werknemers aansprakelijk stelt voor twijfelachtige of oninbare kredieten die ze hebben toegestaan aan de klanten alsmede voor kastekorten is onwettig aangezien de werknemer enkel aansprakelijk kan zijn voor een tekort wanneer dit te wijten is aan een zware fout of ingeval van herhaling van lichte fouten); Arbh. Brussel 8 april 1986, *JTT* 1986, 462, noot (de rechter is niet gebonden door de conventionele omschrijving van de dringende reden en evenmin door de omschrijving ervan in het arbeidsreglement, al mag hij er rekening mee houden in zijn soevereine appreciatie); Arbh. Luik 3 april 1973, *JL* 1973-74, 98 (het arbeidsreglement kan de werknemer niet het voordeel van de beschermingsbepalingen van de arbeidsovereenkomstenwet ontnemen); Arbh. Luik 20 april 1971, *JL* 1971-72, 291; Arbrb. Charleroi 10 december 1984, *TSR* 1985, 410. Op basis van artikel L 1321-3 *Code du travail* (het vroegere art. L 122-35) mogen naar Frans recht geen deel uitmaken van een intern reglement: “1° Des dispositions contraires aux lois et règlements ainsi qu'aux stipulations des conventions et accords collectifs de travail applicables dans l'entreprise ou l'établissement; 2° Des dispositions apportant aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché; 3° [...]”.

<sup>63</sup> Het Franse Hof van Cassatie oordeelde dat de loutere verwijzing in de individuele arbeidsovereenkomst naar het arbeidsreglement niet volstond om de niet-wettelijk verplichte inhoud van dit arbeidsreglement bindend te maken voor de werknemer. Deze inhoud was hooguit een eenzijdige verbintenis van de werkgever (Cass. soc. (fr.) 10 maart 2004, AR Q 03-40.505 tot T 03-40.554).

<sup>64</sup> Cf. Cass. 11 februari 2008, *JTT* 2008, 250; Cass. 7 mei 2007, *JTT* 2007, 336, noot C. WANTIEZ; Arbh. Antwerpen 7 december 2005, *Soc. Kron.* 2006, 332 (i.v.m. eenzijdige wijziging van een essentieel onderdeel van de arbeidsovereenkomst).

Andere documenten van de werkgever, zoals een handleiding voor werknemers of beleidsrichtlijnen maken daarentegen in beginsel geen deel uit van de arbeidsovereenkomst<sup>65</sup>, zeker niet indien het document in kwestie uitsluit dat het bestemd is om contractuele rechten of plichten tot stand te brengen<sup>66</sup>. Een *Code of Conduct of ICT Policy*<sup>67</sup> verbindt de werknemer bijvoorbeeld slechts indien de rechter vaststelt dat de partijen wilsovereenstemming hebben bereikt over dit document (bv. omdat het deel uitmaakt van het arbeidsreglement). Het principiële gebrek aan bindende kracht van dergelijke documenten is niet problematisch naar Belgisch recht omdat de Arbeidsovereenkomstenwet werknemers *ipso facto* tot vertrouwelijkheid verplicht van zodra de arbeidsovereenkomst tot stand komt.

**22. Onpersoonlijke techniek communiceert een aanbod in de vorm van een standaardbeding.** De toestemming komt volgens de klassieke analyse tot stand in de vorm van een aanbod van de ene partij en de daarop volgende aanvaarding ervan door de andere partij. De onpersoonlijke techniek heeft in een contractuele context tot doel om een aanbod te communiceren dat vervat ligt in een standaardbeding. Het *aanbod* kan worden gedefinieerd als een eenzijdige rechtshandeling waarmee de aanbieder zijn definitieve, vaststaande wil meedeelt om een overeenkomst tot stand te brengen en die door de bestemming alleen nog hoeft te worden aanvaard<sup>68</sup>. Deze mededeling dient alle essentiële en -voor de aanbieder- substantiële elementen te bevatten voor de contractsluiting<sup>69</sup>. Zij gaat uit van één partij, wordt gericht aan de wederpartij waarmee men de overeenkomst wil sluiten en heeft tot doel om de overeenkomst tot stand te brengen door de loutere aanvaarding (zonder voorbehoud<sup>70</sup>). De verklaring van de kwalificatie als aanbod is dat de meester van het geheim nu eenmaal niet eenzijdig zijn wil kan opleggen aan de informatieverkrijger. De meester van het geheim ziet zich daarom genoodzaakt gebruik te maken van de contractuele route. Dit vereist een wilsovereenstemming tussen de betrokkenen, zodat hij eerst een aanbod moet lanceren. *Standaardbedingen* zijn bedingen die vooraf, eenzijdig en in algemene bewoordingen (en in beginsel in het voordeel van de aanbieder) werden opgesteld om een toekomstige contractuele relatie te beheersen<sup>71</sup>. Deze bedingen zijn bestemd om

---

<sup>65</sup> Zie naar Amerikaans recht: Court of Appeals Ohio (9th district) 30 oktober 1991, *Gargas v. Nodson Corporation*, 68 Ohio App.3d 149; Court of Appeals of Ohio (9th district) 3 oktober 1990, *Manofsky v. Goodyear Tire & Rubber Co*, 69 Ohio App.3d 663.

<sup>66</sup> Court of Appeal California (4th district, Division 1) 7 november 2006, *American Mortgage Network v. Loancity.com et al.*, 2006 WL 3199291 en de verwijzingen aldaar.

<sup>67</sup> Cf. voor een voorbeeld van een dergelijke *policy* in de rechtspraak: Arbh. Antwerpen (afd. Hasselt) 2 september 2008, *DAOR* 2010, 336, noot A. VAN BEVER.

<sup>68</sup> Cass. 23 september 1969, *Pas.* 1970, I, 73, noot (het te koop aanbieden bestaat in de definitieve uiting van de wil van een der personen, die alleen nog moet worden aangenomen door de andere om de overeenkomst tot stand te brengen); Cass. 1 februari 1982, *Arr. Cass.* 1981-82, 709; Bergen 3 december 1996, *JT* 1997, 299; H. DE PAGE, II, 483, nr. 514; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, 2006, 155; Engeland: J. CHITTY, *Chitty on contracts*, I, Londen, Sweet & Maxwell, 2004, 2-002 ("The offer is an expression of willingness to contract made with the intention (actual or apparent) that it is to become binding on the person making it as soon as it is accepted by the person to whom it is addressed").

<sup>69</sup> Rb. Brugge 24 maart 1997, *T. Not.* 1998, 54. Cf. J. GHESTIN, *La formation du contrat* in *Traité de droit civil*, Parijs, LGDJ, 1993, 260, nr. 292 ("une manifestation de volonté unilatérale par laquelle une personne fait connaître son intention de contracter et les conditions essentielles du contrat").

<sup>70</sup> Wat dit laatste aspect betreft: Cass. 1 februari 1982, *Arr. Cass.* 1981-82, 709.

<sup>71</sup> Zie M. BOSMANS, "Standaardbedingen", *TPR* 1984, (33) 33-34; zie tevens A. GANZER, "Les mentions en blanc dans les contrats (1<sup>e</sup> partie)", *Petites affiches* 1994, nr. 154.

ongewijzigd te worden aanvaard door hun bestemming, d.i. zonder voorafgaande of latere onderhandelingen. Onpersoonlijke technieken zijn te beschouwen als communicatiekanalen voor standaardbedingen aangezien zij tot doel hebben om te voorkomen dat de meester van het geheim met elke informatieverkrijger afzonderlijk moet onderhandelen over het ontstaan en de inhoud van de geheimhoudingsplicht.

Bij ondoordacht gebruik rijst het gevaar dat de abstracte standaardbepalingen niet (de meest) geschikt(e) blijken in de concrete omstandigheden. Dit was bijvoorbeeld het geval in *Confold Pacific v. Polaris Industries*<sup>72</sup>. Polaris is een producent van sneeuwmobielen die haar producten oorspronkelijk verscheepte in wegwerpcontainers. In 1993 overweegt zij echter het gebruik van recycleerbare containers. Polaris sluit een “Mutual Non-Disclosure Agreement-Logistics Consulting Version” met Confold voor een “reverse logistics analysis”. Deze analyse heeft tot doel om te bepalen hoe Polaris het meest efficiënt kan omgaan met de containers na gebruik (bv. integraal hergebruiken, onderhoudswerk uitvoeren, de onderdelen doorverkopen, etc.). Confold gaat daarnaast een zelfstandige overeenkomst aan met CAPS voor de verlening van bijstand bij deze analyse. Polaris richt enige tijd later een offerte aan negen bedrijven, waaronder Confold, voor de ontwikkeling van de nieuwe containers. Polaris wijst het contract uiteindelijk echter aan geen enkele van de negen bedrijven toe. Twee jaar later blijkt zij zelf containers te produceren die volgens Confold gebaseerd zijn op haar ontwerp. Deze laatste beroept zich op contractbreuk wegens schending van de geheimhoudingsplicht uit de *reverse logistics* overeenkomst. De rechter stelt echter vast dat het container ontwerp niet onder het toepassingsgebied van deze overeenkomst valt. De geheimhoudingsovereenkomst tussen Confold en Polaris blijkt namelijk een loutere kopie van de overeenkomst tussen Confold en CAPS. Deze laatste is echter niet actief als ontwerper van containers. CAPS stelde deze overeenkomst slechts op voor de bescherming van haar eigen software en gerelateerde intellectuele eigendom. De overeenkomst tussen Confold en Polaris kan daardoor volgens de rechter geen betrekking hebben op de ontwerpactiviteiten van Confold.

**23. Standaardbedingen blijven onderworpen aan de gemeenrechtelijke totstandkomingsvereisten.** Het gebruik van standaardbedingen vormt geen obstakel voor de geldigheid van de overeenkomst<sup>73</sup>, ook al wordt de inhoud van deze bedingen eenzijdig vastgelegd door één van de contractpartijen. De verklaring hiervoor is terug te vinden in de definitie van het aanbod. Elk aanbod is een eenzijdige rechtshandeling<sup>74</sup>. De wil van de persoon die de rechtshandeling stelt, bepaalt steeds de inhoud van het aanbod. Het is daarbij niet relevant of de inhoud van deze eenzijdige rechtshandeling geïnspireerd is op voorafgaande onderhandelingen dan wel wordt vastgesteld zonder enig overleg met de bestemming. Deze bestemming kan het aan hem gerichte aanbod slechts in zijn geheel aanvaarden of afwijzen<sup>75</sup>. Een aanbod dat te nemen of te laten is, is bijgevolg volstrekt geldig. Meer zelfs, het is de

---

<sup>72</sup> US Court of Appeals 10 januari 2006, *ConFold Pacific v. Polaris Industries*, 433 f.3d 952.

<sup>73</sup> Brussel 9 november 1912, *RHA* 1913, 53.

<sup>74</sup> J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, Parijs, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1970, 23-27, nrs. 16-20.

<sup>75</sup> J. GHESTIN, *La formation du contrat*, 1993, 76, nr. 95 (“[...] le choix de l'adhérent se réduit à conclure ou ne pas conclure le contrat dont le contenu échappe à sa volonté”). In theorie sluit niets echter uit dat de aanbieder bereid is om zijn aanbod op te splitsen en aldus bepaalde, niet-essentiële elementen van zijn aanbod weg te laten. De bestemming van het aanbod blijft dan nog steeds gehouden tot integrale aanvaarding van de elementen die als onsplitsbaar worden beschouwd door de aanbieder.

normale manier waarop een overeenkomst wordt gesloten. Zogenaamde “toetredingsovereenkomsten”, “standaardbedingen” of “algemene voorwaarden” komen dan ook op dezelfde wijze tot stand als elke andere overeenkomst, zodat ook de geldigheid van deze totstandkoming moet worden getoetst aan dezelfde voorwaarden (behoudens andersluidende wettelijke regelingen)<sup>76</sup>. In het bijzonder moet een standaardbeding worden aanvaard<sup>77</sup> en overeenstemmen met de openbare orde<sup>78</sup> zoals elke andere contractuele verplichting.

De klassieke analyse van de totstandkoming van overeenkomsten vereist twee wilsuitingen die elkaar chronologisch opvolgen: de eerste wordt bestempeld als een aanbod, de tweede als de aanvaarding<sup>79</sup>. Deze analyse is echter niet steeds verenigbaar met de realiteit. Recentere rechtspraak en doctrine wijst op de mogelijkheid van een geruisloze contractsvorming<sup>80</sup> of *Punctuation* waarbij partijen die verwickeld zijn in onderhandelingen contracteren zonder dat de inhoud van hun overeenkomst noodzakelijkerwijze werd geconsolideerd in één aanbod met één corresponderende aanvaarding<sup>81</sup>. Dit

---

<sup>76</sup> Luik 19 oktober 1993, *TBH* 1994, 702; Rb. Antwerpen 24 oktober 2006, *NjW* 2007, 325; Rb. Antwerpen 16 maart 1933, *RW* 1932-33, 494; Kh. Tongeren 29 april 2008, *RABG* 2008, 968, noot G.L. BALLON; Kh. Charleroi 2 januari 2008, *JT* 2008 195, noot (geen enkele bepaling legt op dat algemene voorwaarden ondertekend of geparafeerd moeten zijn); vgl. Antwerpen 23 maart 1998, *RW* 1998-99, 223 (de omstandigheid dat het om een toetredingscontract gaat, sluit de rechtsgeldigheid van een beding niet uit); Antwerpen 20 januari 1987, *RW* 1986-87, 2722, noot E. DIRIX; R. VANDEPUTTE, “Enkele beschouwingen betreffende de bindende kracht van de overeenkomst” in *Liber Amicorum J. Van Houtte*, Brussel, Elsevier, 1975, (1023) 1024-1025. Ook de Californische *case law* neemt als uitgangspunt dat zogenaamde *adhesion contracts* afdwingbaar zijn: “the determination that a contract is adhesive is only ‘the beginning and not the end of the analysis insofar as enforceability of its terms is concerned’ [...]. A contract of adhesion can be fully enforced according to its terms unless some other factors exist, such as the oppressive or ‘unconscionable’ provision” (Court of Appeal California (Fourth District, Division 1) 27 augustus 1986, *Cubic corporation v. William B. Marty, Jr.*, 185 Cal.App.3d 438 en de verwijzingen aldaar). *In casu* werd een geheimhoudings- en uitvindingsovereenkomst niet *unconscionable* geacht omdat de werknemer correct werd verloned. Zie tevens Court of Appeal California (First District, Division 1) 27 december 2004, *State Farm Mutual Automobile Insurance Company v. Wier*, 2004 WL 2988429 (“Defendants seem to contend that because the Agent’s Agreements were standard form contracts drafted by State Farm, their provisions are somehow entitled to less respect than those of a negotiated contract. It is true that a provision of a contract of adhesion that is ‘permeated’ by ‘unconscionable’ terms will not be enforced [...]. The mere fact that a contract is drafted by one party, however, does not make it a contract of adhesion, nor does it preclude enforcement of the contract’s terms”); D. RICE, “Public goods, private contract and public policy: federal preemption of software license prohibitions against reverse engineering”, 53 U. Pitt. L. Rev. 543, 563 en de verwijzingen aldaar (“neither contemporary theory nor actual practice would render either the contracts or their specific terms unenforceable solely because they are contracts of adhesion”).

<sup>77</sup> Antwerpen 26 februari 2007, *RHA* 2008, 39; Brussel 11 oktober 2005, *RABG* 2007, 14; Voorz. Rb. Namen 7 september 2007, *JLMB* 2007, 1519. Frankrijk: P. BLANCHARD, “Offre et acceptation dans la négociation du contrat international”, *RDAL* 2008, (3) 6; Duitsland: K. LUDWIG, 79.

<sup>78</sup> Voorz. Rb. Namen 7 september 2007, *JLMB* 2007, 1519; Voorz. Rb. Brussel 24 mei 2006, *IRDI* 2007, 180.

<sup>79</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, IV, 82, nr. 35; C. AUBRY en C. RAU, IV, §343, 479; M. PLANIOL en G. RIPERT, VI, 114; J.-L. AUBERT, 1-2; J. GHESTIN, *La formation du contrat*, 260, nr. 290.

<sup>80</sup> G. SCHRANS, “De progressieve totstandkoming der contracten”, *TPR* 1984, (1) 16-26.

<sup>81</sup> Gent 15 mei 2002, *TBH* 2003, 155, noot E. BODSON en T. KRUGER; Gent 4 december 1990, *RW* 1990-91, 1374; T. STAROSSELETS, “Offre et acceptation: principes et quelques questions spéciales” in *Le processus de formation du contrat*, Luik, CUP, 2004, (9) 63-67, nr. 45-46; C. DELFORGE, “La formation des contrats sous un angle dynamique. Réflexions comparatives” in *Le processus de formation du contrat*, Brussel, Bruylant, 2002, 449-478, nrs. 535-587; M. FONTAINE, “Offre et acceptation, approche dépassée du processus de formation des contrats?” in *Mélanges offerts à Pierre*



maakt het moeilijk om te bepalen wanneer de overeenkomst precies is gesloten. Deze moderne visie biedt een aanvulling van de klassieke analyse van aanbod en aanvaarding, maar vervangt deze niet. Het feit dat de partijen geruisloos kunnen contracteren, impliceert immers niet dat alle overeenkomsten moeten totstandkomen op een dergelijke manier. Zo stellen de UNIDROIT Principes dat een overeenkomst tot stand komt “soit par l’acceptation d’une offre soit par un comportement des parties qui indique suffisamment leur accord” (art. 2.1.1 - zie tevens de commentaar bij dit artikel). Ook de PECL<sup>82</sup> (art. 2:211) en de Amerikaanse *Restatement (second) of Contracts* (§22 Mode of Assent: Offer and Acceptance) houden rekening met alternatieve totstandkomingswijzen.

**24. Wilsovereenstemming als basisvereiste voor de totstandkoming van standaardbedingen.** Uit het voorgaande blijkt dat standaardbedingen onderworpen blijven aan de gemeenrechtelijke totstandkomingsvereisten. Hun bindende kracht impliceert het bestaan van een wilsovereenstemming tussen de partijen. De wilsovereenstemming kan worden gedefinieerd als de samenloop van de wilsuitingen van twee (of meer) personen<sup>83</sup>. Deze wilsuitingen moeten gericht zijn op een contractsluiting. Waarover moet precies wilsovereenstemming worden bereikt? De partijen moeten minstens afspraken maken over alle essentiële en substantiële onderdelen van de overeenkomst. Elementen zijn *essentieel* voor een overeenkomst indien de wetgever hen dwingend voorschrijft. Dit is het geval voor de benoemde overeenkomsten<sup>84</sup>. Partijen die een koopovereenkomst wensen aan te gaan, moeten bijvoorbeeld minstens wilsovereenstemming bereiken over de (bepaling van de) zaak en de prijs (art. 1583 BW). Wilsovereenstemmingen die deze elementen ontberen zijn geen koopovereenkomsten. Dit maakt hen weliswaar niet per definitie nietig. Zij kunnen mogelijk nog worden ge(her)kwalificeerd als een overeenkomst *sui generis* indien dit verenigbaar is met de wil van de partijen<sup>85</sup>. Daarnaast kan de rechter ook bepaalde elementen als *essentieel* beschouwen<sup>86</sup> in het licht van de aard van de overeenkomst<sup>87</sup>. Voor de onbenoemde overeenkomsten (en tevens voor niet-essentiële

---

*Van Ommeslaghe*, Brussel, Bruylant, 2000, 115-133. Zie tevens P. WERY, *Droit des obligations*, I, *Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2010, 149-150.

<sup>82</sup> M.E. STORME, “De totstandkoming van overeenkomsten (inbegrepen vertegenwoordiging) in de beginselen van Europees overeenkomstenrecht en het Belgische recht” in *Liber Amicorum Jacques Herbots*, Mechelen, Kluwer, 2002, (423) 429-431.

<sup>83</sup> Frankrijk: A. GANZER, “Les mentions en blanc dans les contrats (1<sup>e</sup> partie)”, *Petites affiches* 1994, nr. 154.

<sup>84</sup> Zie voor een analyse van de objectief essentiële bestanddelen van de koop-, vennootschaps- en arbeidsovereenkomst: A. LAUDE, 156, nr. 237 *et seq.*

<sup>85</sup> L. CORNELIS, “Het aanbod bij het tot stand komen van overeenkomsten”, *TBH* 1983, (6) 19, nr. 12.

<sup>86</sup> Een geheimhoudingsplicht is daarbij niet *ipso facto* een essentieel onderdeel van de overeenkomst. Zo is de geheimhoudingsplicht van een commissionair met betrekking tot de identiteit van zijn opdrachtgever géén essentiële verbintenis van het commissiecontract. De opdrachtgever kan de commissionair er bijgevolg van vrijstellen. Cf. D. NOELS, *De commissionair expéditeur* in *Bibliotheek Handelsrecht Larcier*, Brussel, Larcier, 2006, 63 en de verwijzingen aldaar.

<sup>87</sup> Cf. A. LAUDE, *La reconnaissance par le juge de l’existence d’un contrat*, Aix-en-Provence, PUAM, 1992, 203 *et seq.* (deze auteur stelt dat de definities van Aubert en Delebecque nog steeds maar vage richtlijnen zijn en gaat over tot een onderzoek van de rechtspraak om vast te stellen welke elementen als essentieel worden beschouwd – “les juges analysent l’objectif de chaque opération juridique afin d’en déduire quelles obligations participent de sa nature même”); Kh. Kortrijk 5 oktober 1984, *RW* 1985-86, 2913; C. DELFORGE, “La formation des contrats sous un angle dynamique. Réflexions comparatives”, (139) 156 (“[...] si le contrat est innommé, c’est au juge qu’il appartiendra de rechercher quels éléments doivent être considérés comme ‘caractéristiques’ au regard du but économique poursuivi par les parties et des usages”); L. CORNELIS, “Het aanbod bij het tot stand

onderdelen van benoemde overeenkomsten<sup>88</sup>) geldt dat essentieel is wat de partijen zelf als onmisbaar beschouwen<sup>89</sup> voor de totstandkoming van hun overeenkomst<sup>90</sup>. Dit zijn de zogenaamde *substantiële* elementen van de overeenkomst. Er moet minstens wilsovereenstemming zijn over de essentiële (en substantiële) elementen<sup>91</sup> opdat sprake kan zijn van een overeenkomst. De rechter mag zich namelijk niet in de plaats stellen van de partijen voor de bepaling van deze elementen<sup>92</sup>. De *accessoire* elementen vormen de restcategorie. Laatstgenoemde elementen zijn noch essentieel, noch substantieel voor de contractsluiting. Hun afwezigheid verhindert de contractsluiting niet.

Het onderscheid tussen de substantiële (en essentiële) en accessoire elementen is cruciaal. De kwalificatie van een element als substantieel of accessoir vloeit voort uit de wil van de partijen en de aard van de overeenkomst die zij wensen aan te gaan. Een element dat fundamenteel is voor het bereiken van de doelstelling van de overeenkomst moet als substantieel voor de contractsluiting worden beschouwd. De partijen blijven echter meester over het substantiële of accessoire karakter van de verschillende aspecten van hun wilsovereenstemming. Zij kunnen elementen die objectief bekeken onbelangrijk zijn toch verheffen tot substantiële elementen zonder dewelke de overeenkomst niet geldig tot stand komt<sup>93</sup>. Zij kunnen tevens kiezen om fundamentele elementen (in het licht van de contractuele doelstelling) niet uitdrukkelijk te regelen in hun overeenkomst en zich toch gebonden achten. De precieze inhoud van deze elementen is dan van ondergeschikt belang voor de partijen. De overeenkomst komt in die hypothese tot stand, ook al is zij nog niet tot in detail ingevuld. Zij moet dan wel de nodige instrumenten bevatten voor de nadere bepaling van deze elementen, bijvoorbeeld in de vorm van een partij- of derdenbeslissing. Het voorwerp van de overeenkomst is onbepaald indien de afspraken van de partijen geen mogelijkheid bieden voor een dergelijke invulling. De overeenkomst komt daarentegen niet tot stand indien één van de partijen duidelijk heeft gemaakt dat zij de overeenkomst niet wenst aan te gaan zonder dat het aspect in kwestie is geregeld. Elementen zijn daarentegen *accessoir* indien de partijen bereid zijn om zich neer te leggen bij een latere vaststelling, hetzij in de vorm van een bijkomende

---

komen van overeenkomsten”, (6) 19; zie tevens T. STAROSSELETS, “Offre et acceptation: principes et quelques questions spéciales”, nr. 7.

<sup>88</sup> Luik 28 oktober 1946, *Pas.* 1947, II, 7 (de koop komt tot stand indien de partijen het eens zijn over voorwerp en prijs. Zij kunnen tevens bedingen dat de overeenkomst evenmin bestaat zolang er geen wilsovereenstemming is over de betalingsmodaliteiten).

<sup>89</sup> De toetsing van het al dan niet essentiële of substantiële karakter van het element moet gebeuren op het “ogenblik van het samentreffen van de wilsuitingen” (Kh. Brussel 8 januari 1953, *JCB* 1953, 261), m.a.w. op het tijdstip van de contractsluiting als dusdanig.

<sup>90</sup> Een element is niet substantieel indien niet wordt aangetoond dat er aandacht aan werd besteed tijdens de onderhandelingen en de medecontractant op het belang ervan werd gewezen (Kh. Kortrijk 5 oktober 1984, *RW* 1985-86, 2913).

<sup>91</sup> Cass. 12 juni 1980, *Arr. Cass.* 1979-80, 1263; Brussel 14 januari 1972, *T. Aann.* 1980, 189, noot M. DENEVE; Brussel 31 maart 1936, *JCB* 1937, 185; Rb. Brussel 24 juni 1970, *T. Aann.* 1980, 187, noot M. DENEVE; Kh. Gent 10 februari 1994, *TGR* 1994, 38; Frankrijk: J.-L. AUBERT, 261 (m.b.t. de essentiële elementen) en 270 (m.b.t. de substantiële elementen).

<sup>92</sup> J. GHESTIN, *La formation du contrat*, 1993, 666, nr. 689.

<sup>93</sup> Aubert stelt in dit verband dat sommige elementen uit hun aard steeds als accessoir moeten worden beschouwd (J.-L. AUBERT, 272).

wilsovereenstemming die te goeder trouw wordt onderhandeld, hetzij in de vorm van een aanvulling door de rechter (art. 1135 BW), hetzij door een alternatief vaststellingsmechanisme. De rechter dient element per element na te gaan of een gebrek aan uitwerking impliceert dat de partijen geen overeenkomst hebben willen sluiten dan wel dat de wil van de partijen er slechts op gericht is om dit aspect later uit te klaren.

Storme stelt dat eenzijdig opgestelde standaardvoorwaarden steeds partijbeslissingen zijn<sup>94</sup>. De aanvaarding van standaardvoorwaarden zou daarbij niet bestaan uit de aanvaarding van deze bedingen als dusdanig, maar alleen van het feit dat standaardvoorwaarden worden gebruikt. Deze aanvaarding zou niets anders betekenen dan de toekenning aan de medecontractant van de bevoegdheid om de partijverhouding ééenzijdig te bepalen aan de hand van algemene voorwaarden. Deze stelling is af te wijzen naar huidig Belgisch recht. De aanvaarding van de standaardvoorwaarden resulteert in een overeenkomst die beide partijen bindt. Deze aanvaarding van standaardvoorwaarden als dusdanig is te onderscheiden van de aanvaarding van (standaardvoorwaarden met) bedingen die voorzien in een mogelijkheid tot wijziging door een partijbeslissing van hun opsteller. In het eerste geval blijft de medecontractant die de voorwaarden oplegt definitief gebonden door zijn standaardvoorwaarden behoudens nieuwe wilsovereenstemming (cf. art. 1134 BW). De concrete toepassing van een specifiek aanvaard beding kan daarbij weliswaar wel resulteren in rechtsmisbruik, maar dit neemt niet weg dat beide partijen definitief gebonden zijn op basis van hun wilsovereenstemming. Alleen in het tweede geval volstaat een eenzijdige beslissing tot afwijking, althans voor zover het beding dat de bevoegdheid tot partijbeslissing toekent berust op een initiële, geldige wilsovereenstemming tussen de contractanten.

**25. Onderscheid tussen gedeeltelijke wilsovereenstemming (met onmiddellijke contractsluiting) en tegenaanbod (met contractsluiting mits aanvaarding) - prelude op de *battle of forms*.** De bestemming van voorgedrukte formulieren dient vaak nog specificaties aan te brengen in witruimtes of door het doorkruisen of omcirkelen van voorgedrukte antwoordmogelijkheden. Dit wordt soms nagelaten, zodat het formulier wordt terugbezorgd zonder dat alle gevraagde informatie is ingevuld (er worden m.a.w. witruimtes opengelaten of voorgedrukte antwoordmogelijkheden genegeerd). Ganzer poneert in deze context dat de overeenkomst zonder meer tot stand komt indien het gaat om louter accessoire elementen<sup>95</sup>. Op zich is dat correct, alleen mag men er niet te snel van uitgaan dat ogenschijnlijk onbelangrijke elementen per definitie accessoir zijn. Ganzer poneert daarbij dat een onvolledig ingevulde terugzending geen tegenaanbod kan zijn omdat: “le fait de retourner une proposition signée mais qui comporte une ou plusieurs mentions en blanc ne peut être assimilée à une contre-proposition parce que l’acceptant ne manifeste aucune volonté de modifier, de rectifier ou de compléter l’offre qu’il a reçue”<sup>96</sup>. Behoudens voorafgaande afspraken hieromtrent, kan de onvolledige terugzending echter wel degelijk een tegenaanbod zijn. De oorspronkelijke aanbieder heeft een formulier opgesteld waarin hij enige bewegingsvrijheid biedt of louter extra informatie vraagt aan de bestemming in de

<sup>94</sup> M.E. STORME, “De bepaling van het voorwerp van een verbintenis bij partijbeslissing”, *TPR* 1988, 1259, nrs. 18-20. Zie tevens J. RONSE, “Marginale toetsing in het privaatrecht”, *TPR* 1977, (207) 217.

<sup>95</sup> A. GANZER, “Les mentions en blanc dans les contrats (1<sup>e</sup> partie)”, *Petites affiches* 1994, nr. 154.

<sup>96</sup> *Ibid.*, nr. 154.

vorm van invulruimtes. Deze bestemming uit zijn wil om een overeenkomst aan te gaan door de terugzending. Hij doet echter niet volledig wat van hem wordt verwacht, zijnde het volledig invullen van het formulier. Dit is een voorstel tot wijziging van het oorspronkelijke aanbod. De oorspronkelijke aanbieder kan hier mee instemmen door (als handelaar – *infra* randnr. 75 en 78) het stilzwijgen te bewaren of door de uitvoering van de overeenkomst aan te vatten. De toetsing van het al dan niet accessoire karakter van de weggelaten bestanddelen is hier *a priori* niet relevant. Er is in beginsel immers geen sprake van een gemeenschappelijke bereidheid om overeen te komen dat men nog niets zal overeenkomen op bepaalde punten, maar slechts van een aangepast aanbod (van de oorspronkelijke bestemming van het standaardformulier) dat al dan niet gedekt zal worden door een aanvaarding van de oorspronkelijke aanbieder. Men mag er niet zomaar van uitgaan dat de oorspronkelijke aanbieder bereid is om zich neer te leggen bij wijzigingen aan zijn aanbod. Het aanbrengen van zelfs kleine wijzigingen aan het oorspronkelijke aanbod staat bijgevolg een *onmiddellijke contractsluiting* aan de gewijzigde voorwaarden in de weg. Het valt weliswaar niet uit te sluiten dat de oorspronkelijke aanbieder daadwerkelijk geen belang hecht aan de opengelaten onderdelen van zijn standaardformulier, maar de bewijslast daarvan rust bij de oorspronkelijke bestemming.

De totstandkoming van deze wilsovereenstemming vereist de cumulatieve vervulling van drie voorwaarden: ten eerste moet één van de betrokkenen een aanbod doen, ten tweede moet de bestemming kennis hebben van dit aanbod of er redelijkerwijze kennis van kunnen nemen en ten derde moet hij dit aanbod uitdrukkelijk of stilzwijgend aanvaarden<sup>97</sup>. Deze vereisten zijn niet problematisch indien de inhoud van het aanbod en de instemming van de bestemming ervan op duurzame wijze worden vastgelegd. Dit is echter niet altijd mogelijk bij een contractsluiting via onpersoonlijke technieken. Een nadere analyse van de effectiviteit van deze technieken voor de schepping van contractuele rechten en plichten via het regime van aanbod en aanvaarding is daarom noodzakelijk.

**26. Loutere wilsovereenstemming volstaat in beginsel niet voor de afdwingbaarheid van overeenkomsten in de *common law*.** Het adagium *pacta sunt servanda* is een van de fundamenteën van de *civil law* rechtsstelsels. Het loutere feit dat partijen hun woord gegeven hebben, heeft tot gevolg dat zij gebonden zijn aan hun afspraken. De *common law* hanteert dit *adagium* niet als uitgangspunt. Een

---

<sup>97</sup> Onder meer: Brussel 25 februari 2003, *TBH* 2004, 563; Gent 17 december 2002, *P&B* 2003 (t.a.v. arbitragebeding), 227; Gent 30 januari 1997, *RHA* 1997, 389; Antwerpen 21 december 1993, *RHA* 1994, 30, noot; Luik 18 juni 1992, *JLMB* 1994, 492, noot A. DEBRULE (t.a.v. bevoegdheidsbeding); Luik 29 juni 1955, *JL* 1955-56, 49; Kh. Antwerpen 12 juni 1995, *TBH* 1995, 908; Kh. Brussel 19 juni 1930, *JCB* 1930, 330, noot GC; Rb. Leuven 10 januari 1956, *RGAR* 1957, 5840; Vred. Elsene 10 maart 2005, *TBH* 2005, 487 (om tegenstelbaar te zijn aan de persoon voor wie de algemene voorwaarden bestemd zijn, moeten deze voorwaarden hem ter kennis worden gebracht en door hem worden aanvaard); Pol. Charleroi (III) 30 oktober 2002, *Verkeersrecht* 2002, 279. C. PAUWELS, “De aansprakelijkheid van de vestiairehouder”, *RW* 1988-89, (137) 141-142; V. SAGAERT, *Parking- en garagecontracten: praktijkgerichte studie*, Brugge, die Keure, 2001, nr. 122 *et seq.* Zie tevens naar Frans recht: A. ROBERT, “Une source mineure de droits civils: les affiches et les écritaux”, *JCP* 1958, I, 1458, nr. 4.

overeenkomst is alleen bindend indien de wet dit bindende karakter om een of andere reden bevestigt door haar inhoud afdwingbaar te maken<sup>98</sup>. Een overeenkomst krijgt geen bindend karakter door de loutere wilsovereenstemming tussen de partijen. Dit leidt slechts tot een (niet-afdwingbare) *agreement* (een *nudum pactum*). Een *agreement* is pas afdwingbaar indien zij één of meerdere *promises* bevat die elk worden geschraagd door een *consideration*<sup>99</sup>. Een *promise* wordt gedefinieerd als “the manifestation of an intention to act or refrain from acting in a specified manner, conveyed in such a way that another is justified in understanding that a commitment has been made; a person's assurance that the person will or will not do something. A binding promise - one that the law will enforce - is the essence of a contract”<sup>100</sup>. De afdwingbaarheid van een belofte impliceert (in beginsel) het bestaan van een *bargain*. De overeenkomst krijgt dan het statuut van een *contract* (een *vestitum pactum*). De noties *agreement* (niet-bindende wilsovereenstemming) en *contract* (bindende wilsovereenstemming) mogen bijgevolg -in tegenstelling tot onze eigen rechtsterminologie- niet blindelings als synoniem worden gebruikt in de *common law* traditie<sup>101</sup>. Een *contract* wordt in de Anglo-Amerikaanse rechtsterminologie gedefinieerd als: “a promise or set of promises for the breach of which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way recognized as a duty”<sup>102</sup>. Een *contract* kan wederkerig (*bilateral*) of éézijdig (*unilateral*) zijn. Een *bilateral contract* bevat twee of meer wederkerig bedongen *promises*. Een *unilateral contract* bevat slechts een *promise* van één van de partijen. Dat bij *unilateral contracts* slechts één van de partijen een belofte op zich neemt impliceert echter niet dat dergelijke overeenkomsten slechts één partij hebben of dat er geen *consideration* moet zijn voor de verbintenis<sup>103</sup>. *Promises* zijn slechts afdwingbaar indien de medecontractant een tegenprestatie, d.i. een *consideration*, levert of minstens belooft om deze te zullen leveren (of indien de belofte wordt geformaliseerd via een *deed*). De *consideration* van de *promisee* is bijgevolg de prijs van de afdwingbaarheid van het woord van de

<sup>98</sup> E.A. FARNSWORTH, *Farnsworth on Contracts*, New York, Aspen, 2003, §1.1.

<sup>99</sup> J. CHITTY, 215, nr. 3-001; M. EISENBERG, “The principles of consideration”, 67 Cornell L. Rev. 640, 640.

<sup>100</sup> *Black's Law Dictionary*, v° Promise.

<sup>101</sup> “The term ‘agreement,’ although frequently used as synonymous with the word ‘contract,’ is really an expression of greater breadth of meaning and less technicality. Every contract is an agreement; but not every agreement is a contract. In its colloquial sense, the term ‘agreement’ would include any arrangement between two or more persons intended to affect their relations (whether legal or otherwise) to each other. An accepted invitation to dinner, for example, would be an agreement in this sense; but it would not be a contract, because it would neither be intended to create, nor would it in fact create, any legal obligation between the parties to it. Further, even an agreement which is intended to affect the legal relations of the parties does not necessarily amount to a contract in the strict sense of the term. For instance, a conveyance of land or a gift of a chattel, though involving an agreement, is ... not a contract; because its primary legal operation is to effect a transfer of property, and not to create an obligation.” (C. WARMINGTON, *Stephen's Commentaries on the Laws of England*, Londen, Butterworth, 1950, 2-5). “An agreement, as the courts have said, ‘is nothing more than a manifestation of mutual assent’ by two or more legally competent persons to one another. Agreement is in some respects a broader term than contract, or even than bargain or promise. It covers executed sales, gifts, and other transfers of property.” (S. WILLISTON, *A Treatise on the Law of Contracts*, Mount Kisco, Baker, 1957, § 2, 6).

<sup>102</sup> § 1, *Restatement (Second) of Contracts* (Rest 2d Contr § 1).

<sup>103</sup> J. CHITTY, *Chitty on contracts*, 2004, I, 46, nr. 1-069.

*promisor*<sup>104</sup>. Elke *promise* moet worden gesteund door *consideration*. Niets sluit echter uit dat de *consideration* voor één *promise* ook dienst doet als *consideration* voor andere *promises* binnen de *agreement*<sup>105</sup>. De *consideration* kan bestaan uit het bewerkstelligen van een voordeel aan de *promisor* of uit het ondergaan van een nadeel door de *promisee*. Zij kan onmiddellijk worden geleverd (*performance*) of in het vooruitzicht worden gesteld (*promise*) als tegenprestatie voor de beoogde *promise*<sup>106</sup>.

Bij een *bilateral contract* vloeit de afdwingbaarheid voort uit het feit dat partijen aan beide zijden van de overeenkomst zich wederkerig verbinden tot de levering van een prestatie. De *consideration* van de partijen is de verwachting dat zij de door hen beloofde prestaties effectief (zullen) moeten leveren<sup>107</sup>. Het is belangrijk te benadrukken dat de *belofte* tot het leveren van de prestatie bij *bilateral contracts* reeds volstaat voor de afdwingbaarheid van de tegenprestatie. Deze tegenprestatie kan op haar beurt hetzij onmiddellijk te leveren zijn, hetzij eveneens slechts bestaan uit een (sowieso afdwingbaar geworden) *promise*. De *promisee* moet bij een *unilateral contract* nog steeds een *consideration* leveren opdat de *promise* afdwingbaar zou zijn. De *consideration* bestaat in deze hypothese uit de (aanvang van de) levering (d.i. de *performance*) van de tegenprestatie die de *promisor* vraagt voor zijn *promise*. Een *unilateral contract* is daardoor pas bindend voor de *promisor* indien de *promisee* de gevraagde prestatie effectief heeft geleverd of minstens aanvangt met de levering<sup>108</sup>. De *promisor* kan zijn *promise* vóór dit tijdstip (de levering, of minstens de aanvang van de levering) nog herroepen. Indien het begin tot uitvoering wordt beschouwd als “*good consideration*” kan de *promisor* vanaf die datum zijn *promise* niet meer herroepen. De *promise* is echter pas opeisbaar indien en voor zover de *consideration* wordt gepresteerd. Een *promise* moet verder steeds reëel zijn. Een contract met *illusory promise* is niet afdwingbaar. Dergelijke beloftes leveren geen *consideration* op<sup>109</sup>. Van een *illusory promise* is sprake wanneer de *promise* zodanig is geformuleerd dat de *promisor* eenzijdig op zijn beloofde engagement kan terugkomen, zodat hij zich in werkelijkheid tot niets verbindt. Deze *common law* principes zijn onverkort van toepassing op geheimhoudingsovereenkomsten.

Dit leidde in de staat Texas tot onduidelijkheid over de afdwingbaarheid van niet-concurrentieovereenkomsten. Texas heeft specifieke wetgeving die stelt dat “a covenant not to compete is enforceable if it is ancillary to or part of an otherwise enforceable agreement at the time the agreement is made to the extent that it contains limitations as to time, geographical area, and scope of activity to be restrained that are reasonable and do not impose a greater restraint than is necessary to protect the goodwill or other business interest of the promise” (Tex. Bus. & Com. Code § 15.50 (a)).

---

<sup>104</sup> Cf. F. POLLOCK, *Principles of contract*, Londen, Stevens & sons, 1950, 133 (“the price for which the promise is bought”).

<sup>105</sup> § 80, *Restatement (Second) of Contracts* (Rest 2d Contr § 80).

<sup>106</sup> J. CHITTY, *Chitty on contracts*, 2004, I, 219, nr. 3-0008.

<sup>107</sup> *Ibid.*, 220, nr. 3-0008 A.

<sup>108</sup> *Ibid.*, 320, 3-168.

<sup>109</sup> § 77, *Restatement (Second) of Contracts* (Rest 2d Contr § 77).

**27. *Covenant not to compete* moet gekoppeld zijn aan een *otherwise enforceable agreement*.** De zopas vermelde wettelijke bepaling vereist ten eerste het bestaan van een basisovereenkomst die als dusdanig (onafhankelijk van de niet-concurrentieafsprak) afdwingbaar is (“an otherwise enforceable agreement”). Deze vereiste is problematisch voor geheimhoudingsovereenkomsten bij *at will* arbeidsrelaties waarbij de *consideration* zou bestaan uit “Employee’s employment or continued employment”. De werknemer gaat een geheimhoudingsplicht (en niet-concurrentieplicht) aan en de werkgever biedt een (voortzetting van) tewerkstelling als *consideration*. De rechtspraak kwalificeert deze *consideration* als een niet-bindende *illusory promise*. De werkgever kan de werknemer immers te allen tijde ontslaan bij *at will* arbeidsovereenkomsten. Dit biedt hem de mogelijkheid om zonder enige beperking terug te komen op zijn engagement. De *consideration* van de werkgever moet elders worden gezocht opdat sprake kan zijn van een *contract*. Het loutere feit dat een arbeidsrelatie *at will* is, sluit namelijk niet uit dat partijen hun *promises* afdwingbaar kunnen maken door hen te steunen op een andere *consideration* dan de loutere tewerkstelling<sup>110</sup>. Partijen trachten de *consideration* van de geheimhoudingsplicht (en niet-concurrentieplicht) daarom te steunen op een belofte tot mededeling van vertrouwelijke informatie onafhankelijk van de tewerkstelling (of andere prestaties zoals de verplichting om een opzegtermijn in acht te nemen).

Dit was het geval in het basisarrest over de *enforceability* van niet-concurrentieafspraken bij geheimhoudingsovereenkomsten in het Texaanse recht<sup>111</sup>. De rechter stelt eerst vast dat loutere tewerkstelling geen *consideration* kan zijn in een *at will* arbeidsrelatie: “Consideration for a promise, by either the employee or the employer in an at-will employment, cannot be dependent on a period of continued employment. Such a promise would be illusory because it fails to bind the promisor who always retains the option of discontinuing employment in lieu of performance”. De rechtbank stelt vervolgens echter vast dat Centel zich had verbonden tot het verstrekken van een opleiding aan Light (waarbij de overdracht van geheime informatie werd verwacht). Deze verplichting was bestemd om zelfs van kracht te blijven indien de tewerkstelling werd beëindigd. De *covenant not to compete* werd echter afgewezen op andere gronden<sup>112</sup>.

Dit werd tevens geprobeerd in de zaak *Transperfect Translations International v. Merrill Corporation, John Castro and Brian Sennett*. De geheimhoudingsovereenkomst bij een *at will* arbeidsrelatie zocht haar *consideration* in de belofte tot de voortzetting van de tewerkstelling van Sennet. De rechtbank volgt deze redenering niet: “I cannot find that the stated consideration of Sennett’s ‘employment or continued employment’ forms anything other than an illusory promise that fails to bind TransPerfect, which had, and retained thereafter, the right to terminate Sennett at any time”. Transperfect verandert het geweer dan maar van schouder en werpt op dat de *consideration* moet worden gezocht in de verplichting tot mededeling van informatie. Ook deze prestatie wordt afgewezen als *consideration*: “I simply cannot find that the parties intended, at the time of contracting, to require TransPerfect to provide Sennett with the very same Confidential Information it sought to protect”. Een *bilateral*

<sup>110</sup> Supreme Court Texas 2 juni 1994, *Light v. Centel Cellular Co.*, 883 SW 2d 642; CA Texas (Corpus Christi-Edinburg) 17 april 2008, *Shoreline Gas v. McGaughey*, 2008 WL 1747624.

<sup>111</sup> Supreme Court Texas 2 juni 1994, *Light v. Centel Cellular Co.*, 883 SW 2d 642.

<sup>112</sup> Zie voor een geval waarin deze constructie wel succesvol was: US District Court (Texas, Dallas Division) 11 mei 2009, *Courtroom Sciences v. Andrews*, 591 F.Supp.2d 924.

*contract* is daardoor uitgesloten. Maar zelfs als de rechtbank bereid zou zijn mee te gaan in deze redenering, ziet zij zich nog genoodzaakt om de *consideration* af te wijzen: “Even if I were to accept TransPerfect’s argument [...] the promise would be illusory because it necessarily depends on Sennett’s continued employment”. De rechtbank oordeelde bijgevolg dat de geheimhoudingsovereenkomst *unenforceable* was. Deze vaststelling is correct in de mate dat de verplichting tot informatieverstrekking onlosmakelijk was gekoppeld aan het behoud van het statuut van werknemer. De verplichting tot informatieverstrekking zou in deze hypothese een *illusory promise* blijven aangezien de tewerkstelling *at will* was. Dit illusoire karakter verdwijnt echter indien het recht op de informatie onafhankelijk geldt van de tewerkstelling en dus behouden blijft bij ontslag, of indien de tewerkstelling eenvoudigweg niet *at will* is.

*Ray Mart, Weldon Vybiral v. Stock Building Supply of Texas*<sup>113</sup> is een voorbeeld van een arbeidsrelatie die niet *at will* is. Stock had beloofd om Vybiral drie jaar tewerk te stellen. Vybiral had beloofd om drie jaar te werken voor Stock. Vybiral had zich tevens verbonden tot een geheimhoudingsplicht. De rechtbank had geen enkel bezwaar om deze *promises* als een *enforceable agreement* te beschouwen.

Een verplichting tot informatieverstrekking leidt tot een *bilateral contract* indien zij bestemd is om zelfs van kracht te blijven wanneer de werkgever gebruik maakt van zijn *at will* ontslagmacht<sup>114</sup>. Zoniet kan uitsluitend sprake zijn van een *unilateral contract* waarbij de werknemer geheimhouding belooft *indien en voor zover* de werkgever hem vertrouwelijke informatie zou mededelen. De daadwerkelijke mededeling van vertrouwelijke informatie, d.i. de *performance*, geldt dan (pas) als *consideration*. Beide hypothesen leiden tot een *enforceable* geheimhoudingsovereenkomst ongeacht de aanwezigheid van een *at will* ontslagmacht.

Deze analyse werd onder meer<sup>115</sup> gevolgd in *Electro-Motor Inc. v. Industrial Apparatus Services and Kenneth Welborn*<sup>116</sup>: “The employment relationship between EMI and Welborn was at-will and Welborn promised not to disclose EMI’s confidential information. That promise, which could not be legitimately accepted by a corresponding bilateral promise from EMI because the at-will employment status would have rendered it illusory, additionally constituted an offer for a unilateral contract which EMI could accept by performance. That acceptance occurred when EMI subsequently tendered confidential information to Welborn and a unilateral contract was formed under which Welborn became bound by his promise not to disclose that information”.

**28. Betekenis van de zinsnede *at the time the agreement is made* in § 15.50 (a).** De problemen voor de *enforceability* van de *covenant not to compete* zijn hiermee echter nog niet van de baan voor *unilateral contracts*. In *Light* werd namelijk geoordeeld dat

---

<sup>113</sup> US Court of Appeal (Fifth Circuit) 5 november 2008, *Ray Mart, Weldon Vybiral v. Stock Building Supply of Texas*, 320 Fed.Appx. 232.

<sup>114</sup> US District Court SD New York 30 november 2004, *Transperfect Translations International v. Merrill Corporation, John Castro and Brian Sennett*, 2004 WL 2725032.

<sup>115</sup> Zie tevens de standaardarresten *Light* en *Sheshunoff* evenals US District Court (Texas, Dallas Division) 29 augustus 2008, *Staples v. Sandler*, 2008 WL 4107656 en US District Court (Texas, Houston Division) 13 augustus 2008, *Rimkus Consulting Group v. Nickie Cammarata*, 255 FRD 417.

<sup>116</sup> US Bankruptcy Court (Texas, Beaumont Division) 20 juni 2008, *Electro-Motor Inc. v. Industrial Apparatus Services and Kenneth Welborn*, 390 BR 859.



*unilateral contracts* nooit kunnen voldoen aan de “enforceable at the time the agreement is made”-vereiste (weliswaar slechts in een *obiter dictum*, vermits zij de vordering afwees bij gebrek aan band met de basisovereenkomst): “But such unilateral contract, since it could be accepted only by future performance, could not support a covenant not to compete inasmuch as it was not an ‘otherwise enforceable agreement at the time the agreement is made’ as required by § 15.50”<sup>117</sup>. Eenzijdige *agreements* worden namelijk pas bindende *contracts* indien en voor zover de beoogde medecontractant zijn prestatie daadwerkelijk levert (d.i. de *performance* in plaats van een loutere *promise* om te presteren). Een *covenant not to compete* kan daardoor volgens de rechtbank nooit *enforceable* zijn omdat de basisovereenkomst waarop zij wordt geënt nog niet (*otherwise*) *enforceable* is op het tijdstip dat de *agreement* tot stand komt. Deze *enforceability* vereist nu eenmaal een toekomstige *performance* van de werkgever<sup>118</sup>. Recentere rechtspraak verlaat de restrictieve interpretatie van §15.50 (a) waarbij de overeenkomst reeds *enforceable* moet zijn *at the time the agreement is made*. In *Sheshunoff*<sup>119</sup> stelt de rechtbank dat het tijdstip van de totstandkoming niet moet worden gekoppeld aan de *enforceability*, maar aan de bijkomstigheidsvereiste: “We now conclude, contrary to *Light*, that the covenant need only be ‘ancillary to or part of’ the agreement at the time the agreement is made. Accordingly, a unilateral contract formed when the employer performs a promise that was illusory when made can satisfy the requirements of the act [meer bepaald § 15.50 (a)]”. De rechtbank verklaart vervolgens waarom ze wel belang hecht aan het tijdstip waarop de bijkomstigheidsvereiste is vervuld: “We understand why the Legislature and the courts would not allow an employer to spring a non-compete covenant on an existing employee and enforce such a covenant absent new consideration from the employer. [...] The Act, as we now read it, addresses this concern. The covenant cannot be a stand-alone promise from the employee lacking any new consideration from the employer”. De bijkomstigheidsvereiste is wat haar betreft kortom een loutere bevestiging van het principe dat een *promise* (*in casu* een *covenant not to compete* met een geheimhoudingsplicht in een arbeidsrelatie) moet gepaard gaan met een *consideration* van de medecontractant (zoals een verplichte informatieverstrekking) opdat zij afdwingbaar zou zijn.

**29. *Covenant not to compete* moet *ancillary to or part of the agreement* zijn.** Ten slotte moet nog een laatste horde worden genomen. De niet-concurrentieafspraken mag niet in het ijlde worden aangegaan. Zij moet steeds gekoppeld zijn aan een welomlijnde overeenkomst. De Texaanse rechtspraak ontwikkelde in navolging van *Light*<sup>120</sup> twee criteria om de bijkomstigheid van de *covenant* te beoordelen: ten eerste moet de

<sup>117</sup> Supreme Court Texas 2 juni 1994, *Light v. Centel Cellular Co.*, 883 SW 2d 642.

<sup>118</sup> Deze analyse werd tevens toegepast in CA Texas (Austin) 12 augustus 2004, *Trilogy Software v. Callidus Software*, 143 SW 3d 452.

<sup>119</sup> Supreme Court Texas 20 oktober 2006, *Alex Sheshunoff Management Services v. Johnson*, 209 SW 3d 644.

<sup>120</sup> Supreme Court Texas 2 juni 1994, *Light v. Centel Cellular Co.*, 883 SW 2d 642; Supreme Court Texas 17 april 2009, *Mann Frankfort Stein & Lipp Advisors v. Fielding*, 289 SW 3d 844; CA Texas (Corpus Christi-Edinburg) 17 april 2008, *Shoreline Gas v. Chuck McGaughey*, 2008 WL 1747624; US Bankruptcy Court (Texas, Beaumont Division) 20 juni 2008, *Electro-Motor Inc. v. Industrial Apparatus Services and Kenneth Welborn*, 390 BR 859.

werkgever op basis van de door hem geboden *consideration* een *legitiem belang hebben* om de concurrentie van zijn werknemer te verbieden (“the consideration given by the employer in the otherwise enforceable agreement must give rise to the employer’s interest in restraining the employee from competing”). Ten tweede moet de *covenant* bestemd zijn om een *contractuele verplichting van de werknemer* (d.i. diens *consideration*) *kracht bij te zetten* (“the covenant must be designed to enforce the employee’s consideration or return promise in the otherwise enforceable agreement”). Een *covenant not to compete* is bijgevolg een *accessorium* van een geheimhoudingsovereenkomst indien de werkgever door zijn hoedanigheid als informatieverstrekker een belang krijgt bij de niet-concurrentie van zijn werknemer ten aanzien van deze informatie. De niet-concurrentieplicht moet bovendien bestemd zijn als aansporing tot het respecteren van de geheimhoudingsplicht. De rechtspraak aanvaardt dat geheimhoudingsovereenkomsten kunnen voldoen aan deze twee criteria.

In de zaak *Light* werd de vordering tot naleving van de *covenant not to compete* afgewezen omdat deze geen *accessorium* was van de basisovereenkomst. *Light* had *in casu* namelijk nooit een *promise* tot geheimhouding gedaan. Zij had zich alleen verbonden tot het geven van een opzegtermijn van 14 dagen indien zij ontslag nam en het maken van een inventaris van de eigendom van *United* indien zij ontslag nam: “In the otherwise enforceable agreement, Light’s promises were to give 14 days’ notice and provide an inventory upon termination. The covenant not to compete is not designed to enforce either of those promises. The covenant would have enforced an agreement by Light, for example, not to disclose confidential proprietary information after her termination. She did not have this agreement with United”<sup>121</sup>. De niet-concurrentieafspraken was met andere woorden een *accessorium* van een afspraak die nooit was overeengekomen -meer bepaald een geheimhoudingsplicht- en niet van de prestaties die daadwerkelijk deel uitmaakten van de overeenkomst. Een concurrentieverbod zou *Light* op geen enkele wijze aanzetten tot de correcte naleving van de conventionele opzegtermijn of inventarisplicht.

Het accessoire karakter van de *covenant* werd wel aanvaard in de zaak *Sheshunoff v. Johnson*<sup>122</sup>. De onderneming was in dit geval overeengekomen om vertrouwelijke informatie mee te delen en een opleiding te verstrekken, terwijl Johnson had beloofd om de vertrouwelijke informatie niet te verspreiden. Het werd ook aanvaard in *Ray Mart, Weldon Vybiral v. Stock Building Supply of Texas*<sup>123</sup>, al was het volgens de rechtbank een “close call”: “[...] These facts suggest that Vybiral’s three years of employment would likely involve the use of confidential information and that Vybiral and Stock were both aware of this when entering into the Employment Agreement. While admittedly a close call, we hold that Stock’s promise to employ Vybiral for three years, in light of the above facts, gave rise to an interest in protecting the confidential information that Stock gave to Vybiral”. Zij beschouwde de bedongen werkzekerheid van drie jaar op het eerste gezicht als irrelevant voor het toekomstige karakter van de *covenant not to compete*. Het lijkt immers niet noodzakelijk om deze werkzekerheid te versterken met een niet-concurrentieplicht. Stock kon de rechtbank echter overtuigen van het feit dat de driejarige termijn onvermijdelijk impliceerde dat zij geheime informatie zou verstrekken aan Vybiral opdat deze zijn functie zou kunnen uitoefenen (“a job that would likely involve the use of confidential

---

<sup>121</sup> Supreme Court Texas 2 juni 1994, *Light v. Centel Cellular Co.*, 883 SW 2d 642.

<sup>122</sup> Supreme Court Texas 20 oktober 2006, *Alex Sheshunoff Management Services v. Johnson*, 209 SW 3d 644.

<sup>123</sup> *Supra* randnr. 27.

information”). Het vaste karakter van de betrekking resulteerde bijgevolg in een *protectible interest* voor het concurrentieverbod. De *Light* test inzake het accessoire karakter is tevens succesvol in *Electro-Motor Inc. v. Industrial Apparatus Services and Kenneth Welborn*: “This unilateral contract to protect that information, once formed by the tendering of such information by EMI, certainly constitutes an interest worthy of protection through the covenant not to compete since the restraint enforced by the covenant relates directly to the subject matter of the enforceable agreement – the protection of confidential information”.

**30. *Past consideration is no consideration.*** Hierboven werd vastgesteld dat de geheimhoudings- of niet-concurrentieafspraken gepaard moet gaan met *consideration*<sup>124</sup>. De regel *past consideration is no consideration* houdt een bijkomend gevaar in voor de afdwingbaarheid van deze overeenkomsten. Een werkgever of andere informatieverstrekker kan de nood aan contractuele uitwerking van de geheimhoudingsplicht of van een niet-concurrentieplicht pas opmerken nadat de contractuele relatie van start gaat. Hij kan dit gevaar echter niet zomaar remediëren door de werknemer een “*afterthought agreement*” te laten ondertekenen<sup>125</sup>. Een prestatie uit het verleden, zoals het reeds verstrekt hebben van informatie of het ooit verstrekt hebben van werk, volstaat namelijk niet om een *promise* afdwingbaar te maken. Een nieuwe *consideration* is vereist<sup>126</sup>. Een *promise* om nog naar de toekomst toe informatie te verstrekken is bijvoorbeeld wel een geldige *consideration* aangezien zij nog niet is geleverd op het tijdstip van de contractsluiting. Bij een *at will* tewerkstelling is gelet op het onzekere karakter van de verdere tewerkstelling bovenop de *promise* nog een daadwerkelijke *performance* van de belofte tot informatieverstrekking vereist.

Dit obstakel kwam aan bod in *Trilogy Software v. Callidus Software and Yinghui Liu*<sup>127</sup>. Trilogy stelde Liu *at will* tewerk als computerprogrammeur in 1999. Hij ondertekende op de eerste dag van zijn tewerkstelling een *Proprietary Information Agreement* met onder meer een geheimhoudings- en een niet-concurrentiebeding. Trilogy meldt Liu in december 2002 dat hij zal worden ontslagen. De onderneming stelt daarvoor een *Employment Separation Agreement* op die Liu recht geeft op een kleine vergoeding en die een bevestiging inhoudt van zijn geheimhoudings- en niet-concurrentieplicht. Liu kan al snel aan de slag bij de concurrerende firma Callidus. Trilogy ziet hier een schending in van Liu’s verbintenissen. De afdwingbaarheid van de eerste geheimhoudingsplicht wordt geweigerd op basis van de ondertussen gewijzigde *Light* rechtspraak over *unilateral contracts*. Blijft de vraag of de gelijkkluidende bevestiging van deze verplichtingen nog de basis kan zijn voor de afdwingbaarheid van een accessoire niet-concurrentieplicht. De rechtbank wijst deze stelling af omdat zij een gebrek aan voldoende *consideration* vaststelt: “As to the non-disclosure agreement, although it serves as an ‘otherwise enforceable agreement’ at the point in time that Liu reaffirmed the non-competition covenant within the ESA, and the interest of preserving the confidentiality of information is an interest

<sup>124</sup> Zie tevens CA Texas (Dallas) 8 augustus 2008, *Powerhouse Productions v. E. Scott*, 260 SW 3d 693; CA Texas (Austin) 12 augustus 2004, *Trilogy Software v. Callidus Software*, 143 SW 3d 452.

<sup>125</sup> J. LEIBMAN en R. NATHAN, “The enforceability of post-employment noncompetition agreements formed after at-will employment has commenced: the ‘afterthought’ agreement”, 60 S. Cal. L. Rev. 1465.

<sup>126</sup> Zie ook de analyse van T. STADL, “The enforceability of noncompetition agreements when employment is at-will: reformulating the analysis”, 2 Employee Rts. & Emp. Pol’y J. 95.

<sup>127</sup> CA Texas (Austin) 12 augustus 2004, *Trilogy Software v. Callidus Software*, 143 SW 3d 452.

worthy of protection by a covenant not to compete, there is a separate problem of consideration for Liu's reaffirmation of this promise. Trilogy's past provision of proprietary information and specialized training would be past consideration and therefore not competent consideration for contract formation. When we evaluate the ESA at the time it was made, Trilogy's provision of confidential information and training to Liu before signing the agreement will not support its promises in the agreement". De rechtbank herhaalde dit standpunt enkele jaren later in *Powerhouse Productions v. E. Scott*<sup>128</sup>: "Appellant also argues the 2004 Confidentiality and Non-Compete Agreement was supported by the consideration of past and future provision of confidential information and training. It is undisputed that appellee learned everything he knew about the rocket pack while working for the Gibsons and appellant. However the training and confidential information [provided] before he signed the non-compete agreement cannot form the consideration for the agreement because past consideration is not competent consideration for contract information. [...] Based on the greater weight of credible evidence, the [Trial] Court finds that Defendant was not given anything of value in exchange for signing the 2004 agreement".

**31. Impliciete beloftes komen wel in aanmerking als *consideration*.** De werkgever (of andere informatieverstrekker) hoeft zijn *promise* tot informatieverstrekking niet uitdrukkelijk te stipuleren. Zij kan van nature voortvloeien uit een andere *promise*. Zo aanvaardt de Texaanse rechtspraak dat de belofte om een bepaald werk te verschaffen noodzakelijkerwijze een recht op informatieverstrekking impliceert indien deze informatie vereist is voor de uitoefening van de functie<sup>129</sup>. Bij *at will* tewerkstellingen gaat het weliswaar om een *illusory promise* die de werkgever kan omzeilen door de tewerkstelling te beëindigen voordat enige informatie wordt meegedeeld. De impliciete belofte is in die hypothese pas voldoende *consideration* na de daadwerkelijke *performance* ervan.

## 2. Aanbod

**32. Twee elementen.** Het aanbod is de definitieve wilsuiting van een persoon<sup>130</sup>, de aanbieder genoemd, die alle noodzakelijke elementen voor de contractsluiting bevat en waarvan de loutere aanvaarding resulteert in de overeenkomst<sup>131</sup>. Het bestaan van een aanbod vereist de cumulatieve vervulling van twee voorwaarden<sup>132</sup>. Ten eerste is

<sup>128</sup> CA Texas (Dallas) 8 augustus 2008, *Powerhouse Productions v. E. Scott*, 260 SW 3d 693.

<sup>129</sup> Supreme Court Texas 17 april 2009, *Mann Frankfort Stein & Lipp Advisors v. Fielding*, 289 SW 3d 844 ("When the nature of the work the employee is hired to perform requires confidential information to be provided for the work to be performed by the employee, the employer impliedly promises confidential information will be provided" – het Hof verbrak hiermee de beslissing van CA Texas (Houston) 3 mei 2007, 263 SW 3d 232); CA Texas (Houston) 21 augustus 2009, *Gallagher Healthcare Insurance Services v. P. Vogelsang*, 2009, WL 2633304; US Court of Appeal (Fifth Circuit) 5 november 2008, *Ray Mart, Weldon Vybiral v. Stock Building Supply of Texas*, 320 Fed.Appx. 232.

<sup>130</sup> De aanbieder is niet noodzakelijk degene die het initiatief nam om te onderhandelen (J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, IV, 88, nr. 38). Degene die een aanbod uitlokt van een andere persoon via een voorstel tot contracteren is evenmin een aanbieder in juridische zin.

<sup>131</sup> H. DE PAGE, II, 1964, 491, nr. 499.

<sup>132</sup> Kh. Brussel 3 november 1975, *TBH* 1975, I-514; Rb. Hasselt 28 april 2003, *T. Gez.* 2003-04, 343 (als aanbod geldt alleen een definitieve wilsuiting van een contractspartij die voldoende precies en volledig is om door loutere aanvaarding en derhalve zonder dat verdere preciseringen vereist zijn een contract tot stand te brengen); B. PETIT, "Contrats et obligations – Consentement", *JurisClasseur Code Civil*, 22 november 2004, nr. 19-21. In de Franse rechtsterminologie heeft men het over *un offre ferme*

er een *psychologisch element*: het aanbod moet ernstig zijn en vaststaan. Beide componenten van dit psychologische element impliceren dat de wil van de aanbieder daadwerkelijk gericht moet zijn op een contractsluiting<sup>133</sup>. De bestemming van het aanbod moet dit kunnen afleiden uit de wilsuiting van de aanbieder<sup>134</sup>, zoals deze redelijkerwijze kan worden opgevat gelet op de context waarin zij gebeurt. Het ernstige karakter vereist dat de aanbieder zijn aanbod op zodanige wijze communiceert dat de bestemming hierin een reëel aanbod tot contracteren herkent in plaats van een louter verzoek of een waarschuwing met hooguit buitencontractuele implicaties. Het vaste karakter betekent dat de loutere (communicatie van de) aanvaarding van de bestemming moet volstaan om de overeenkomst tot stand te brengen<sup>135</sup> en dat de aanbieder (gedurende een redelijke termijn of voor de in de wilsuiting gestipuleerde termijn) gebonden is aan zijn eigen aanbod<sup>136</sup>. Een tweede vereiste heeft betrekking op een *materieel element*: het aanbod moet voldoende precies zijn<sup>137</sup>. Het moet een regeling bevatten over alle essentiële en (de voor de aanbieder) substantiële bestanddelen van de beoogde contractuele relatie. Ook deze vereiste impliceert dat de loutere aanvaarding moet volstaan om de overeenkomst tot stand te brengen, ditmaal in de zin dat voldoende duidelijk moet zijn welke verplichtingen de partijen precies op zich nemen<sup>138</sup>.

Deze vereisten staan op gespannen voet met de aanwending van disclaimers en borden voor de contractsluiting.

### **33. Conflict tussen het ernstige karakter van het aanbod en e-maildisclaimers.**

Het gedrag van de aanbieder moet consequent gericht zijn op de totstandbrenging van een overeenkomst. De aanbieder kan zich niet beroepen op enige (al dan niet

---

*et précise* (P. BLANCHARD, “Offre et acceptation dans la négociation du contrat international”, *RDAl* 2008, (3) 8); A. VIALARD, “L’offre publique de contrat”, *RTD Civ.* 1971, (750) 752.

<sup>133</sup> Indien voldaan is aan de voorwaarden van de vertrouwensleer, volstaat het dat de vermeende aanbieder een schijn in die zin heeft gewekt. Het Engelse recht hanteert een objectieve test als uitgangspunt waarbij “an apparent intention to be bound” kan volstaan voor een aanbod (J. CHITTY, *Chitty on contracts*, 2004, I, 122, nr. 2-002).

<sup>134</sup> De mededeling van een ontwerpovereenkomst waarop de bestemming commentaar mag geven, kadert slechts in de onderhandelingen tussen de partijen (Rb. Brugge 24 maart 1997, *T. Not.* 1998, 54). Het is een vrijblijvend voorstel (dat desgevallend wel kan leiden tot precontractuele aansprakelijkheid indien de onderhandelingen brutaal worden stopgezet) en geen aanbod bij gebrek aan vaststaand karakter.

<sup>135</sup> J.-L. AUBERT, 57, nr. 51; J. GHESTIN, *La formation du contrat*, 1993, 260, nr. 292 en 263, nr. 295. Het aanbod kan gepaard gaan met reserves zoals de vermelding “zolang de voorraad strekt”. Dit brengt het vaste karakter van het aanbod niet in het gedrang. De aanbieder blijft erdoor gebonden binnen de beperkingen die hij heeft gesteld. Het aanbod is daarentegen niet meer vast indien de aanbieder zich het recht voorbehoudt om het te wijzigen of om de contractsluiting toch nog te weigeren. In die hypothese is de mededeling slechts een voorstel tot onderhandelen.

<sup>136</sup> Kh. Bergen 8 juli 2003, *TBBR* 2004, 208, noot C. DELFORGE. Duitsland: § 145 BGB; K. LUDWIG, 38.

<sup>137</sup> Frankrijk: J.-L. AUBERT, 57-70, nr. 52-64; J. GHESTIN, *La formation du contrat*, 1993, 261, nr. 293. Zie tevens i.v.m. aanspraakbevestigingen: M.E. STORME, “Bewijs- en verbintenissenrechtelijke beschouwingen omtrent het stilzitten van de aangesprokene bij een factuur en bij andere vormen van aanspraakbevestiging”, *TBH* 1991 (463) nr. 26; Duitsland: K. LUDWIG, 44.

<sup>138</sup> Er bestaat een wisselwerking tussen beide criteria: naarmate de wilsuiting nauwkeuriger is, bestaat meer reden om aan te nemen dat het om een aanbod gaat. Omgekeerd kan uit het materieel onvolledige karakter ervan worden afgeleid dat het gaat om een voorstel dat enkel een aanbod wenst uit te lokken.

stilzwijgende) aanvaarding van zijn aanbod indien uit zijn gedrag blijkt dat hij zijn eigen wilsuiking niet ernstig meent. Deze wilsuiking is niet gemeend indien blijkt dat de aanbieder zelf niet de bedoeling heeft om een overeenkomst tot stand te brengen<sup>139</sup>. Het gebrek aan ernst kan bijvoorbeeld blijken uit ondoordacht gebruik van de disclaimer<sup>140</sup>. Dit gevaar rijst vooral bij bedrijven die automatisch een standaarddisclaimer laten toevoegen aan elk uitgaand bericht. Zij stellen zich bloot aan het gevaar dat de tekst van de standaarddisclaimer volstrekt onverenigbaar is met de context van de communicatie. Dit riskeert de mogelijke juridische draagwijdte van een e-maildisclaimer volledig teniet te doen. Ongerijmdheden waarbij de toegevoegde disclaimer in strijd is met de context van de communicatie, zoals de kennelijke bedoelingen van de verzender of de inhoud van het eigenlijke bericht, geven namelijk blijk van het feit dat de verzender geen verwachtingen koestert over de naleving van de disclaimer.

Voorbeelden hiervan zijn het rondsturen van een persbericht met verspreidingsverbod, het overmaken van een e-mail met doorstuurverbod aan een tussenpersoon (zoals een secretaresse)<sup>141</sup> of het versturen van een elektronisch nieuwjaars- of kerstkaartje naar het cliënteel met de vermelding dat het bericht niet noodzakelijk de mening van het bedrijf weergeeft. Een disclaimer vervult in dergelijke omstandigheden geen zinvolle rol. In het eerste geval is het duidelijk dat de verzender de algemene bekendmaking van het bericht op het oog heeft, terwijl hij in het tweede geval impliciet veronderstelt dat de e-mail wordt doorgegeven aan de juiste persoon.

Het gebruik van een disclaimer in deze situaties toont aan dat de verzender hem zelf niet ernstig neemt. Hij kan dan moeilijk verwachten dat correspondenten die op de hoogte zijn van dit vrijblijvende karakter er wel waarde aan blijven hechten. Dit gebrek aan ernst kan zelfs doorwerken in situaties waarbij de disclaimer wel relevant is voor de inhoud van een specifiek bericht. De ontvanger kan het gedrag van de verzender namelijk aangrijpen om te stellen dat de loutere aanwezigheid van de disclaimer nietszeggend is als wilsuiking. Het gebrek aan ernst brengt zelfs de signaalfunctie van de disclaimer in het gedrang, laat staan dat de disclaimer nog als een rechtens relevant aanbod zou worden beschouwd. Door steeds een standaarddisclaimer toe te voegen, zelfs waar dit niet gepast is, riskeert de verzender kortom elk effect van de toevoeging te neutraliseren. Hij komt dan terecht in dezelfde situatie als waarin hij aan geen enkel bericht een disclaimer zou toevoegen.

De automatische toevoeging van disclaimers leidt tot situaties waarin individuele verzenders zich, om de coherentie van hun gedrag te vrijwaren, genooddacht zien om uitdrukkelijk te stipuleren dat de automatisch toegevoegde standaarddisclaimer niet

---

<sup>139</sup> Cf. T. STAROSSELETS, "Offre et acceptation: principes et quelques questions spéciales" in *Le processus de formation du contrat*, Luik, CUP, 2004, (9) 12-13; M. PLANIOL en G. RIPERT, VI, 105, nr. 99; C. AUBRY en C. RAU, IV, §343, 477.

<sup>140</sup> J. KRAUSE, "Guarding the Cyberfort: Careless Internet Habits Can Open Your Firm to Malpractice", *Arkansas Lawyer* 2004, (25) 29 (39-SPG Ark. Law. 24).

<sup>141</sup> Al kan de tegenstrijdigheid van deze handeling worden genuanceerd door de mogelijkheid dat het doorstuurverbod gericht is op de ontvangende onderneming in het algemeen (of naar een categorie van personen binnen de onderneming). De disclaimer viseert geen interne verspreiding in deze hypothese, maar slechts het doorsturen ervan aan externen.

van toepassing is op het bericht in kwestie. Dit kan gebeuren in de vorm van een “anti-disclaimer”<sup>142</sup>.

**Voorbeeld:** “The disclaimer featured below is automatically added to each outgoing e-mail. It can be disregarded for this particular message.”

**34. Conflict tussen het vaste, precieze karakter van het aanbod en e-maildisclaimers.** E-maildisclaimers bevatten vaak zeer klare taal over de verwachtingen die de verzender koestert ten aanzien van de ontvanger. Zij blijven daarentegen vaak dubbelzinnig over de relevantie van deze disclaimer voor het concrete bericht. De verklaring daarvoor is ook hier, naast het feit dat disclaimers eenzijdig in het voordeel van de verzender worden opgesteld, dat vele bedrijven automatisch een disclaimer laten toevoegen aan alle uitgaande berichten. De tekst van de disclaimer moet dan wel op de vlakte blijven vermits men niet kan differentiëren naargelang de inhoud van elk concreet bericht. De vraag rijst dan of de contractuele ambities van de disclaimer niet in het gedrang komen door de dubbelzinnige formulering.

**Voorbeeld:** “This e-mail may contain confidential information. It is intended only for use by the addressee(s). Any transmission or disclosure of this information by unauthorised persons is strictly prohibited and will be prosecuted to the fullest extent of the law”.

**35.** Deze disclaimer waarschuwt dat de e-mail vertrouwelijke informatie “kan” bevatten. De verzender deelt niet mee of de concrete informatie effectief vertrouwelijk is, doch enkel dat die mogelijkheid bestaat en dat hij in die hypothese bepaalde eisen stelt aan de ontvanger. Dergelijke disclaimers kunnen niet worden beschouwd als een aanbod tot sluiting van een geheimhoudingsovereenkomst aangezien zij geen vaststaand karakter hebben. De verzender uit geen definitieve wil om een overeenkomst te sluiten. Zo bouwt de hierboven weergegeven disclaimer een subjectief voorbehoud in waarbij de verzender zich het recht tracht voor te behouden om zich op een geheimhoudingsplicht te beroepen indien en voor zover hij ooit zou beslissen dat de e-mail vertrouwelijke informatie bevatte. De disclaimer zelf kan daardoor geen aanbod zijn bij gebrek aan de communicatie van een vaste wil tot contractsluiting. Bovendien valt te betwijfelen of het aanbod voldoende precies is. De ontvanger wordt immers zowel in het ongewisse gelaten over de manier waarop als de termijn waarbinnen het vertrouwelijke karakter van de informatie dient te worden vastgesteld.

**36.** De verzender kan de ontvanger evenmin verplichten om zelf na te gaan of het bericht vertrouwelijke informatie bevat. Indien men ervan uitgaat dat de keuzemogelijkheid bij de ontvanger ligt, wordt die laatste verzocht om zelf te bepalen

---

<sup>142</sup> Een andere mogelijke remedie is om de verzender (bv. de werknemer) een ‘opt-out’ keuze bieden. Hij geniet dan de mogelijkheid om te verhinderen dat de disclaimer aan bepaalde berichten wordt toegevoegd of heeft dan de keuze om de bewoordingen van de disclaimer aan te passen. Dit legt echter de verantwoordelijkheid op de schouders van de werknemer. Dit is niet evident aangezien bedrijven die kiezen voor de automatische toevoeging vaak net tot doel hebben om deze verantwoordelijkheid uit handen te nemen van de werknemers.

of hij, op basis van het concrete bericht, geïllustreerd wordt door de disclaimer. Hij moet hiervoor eerst kennisnemen van de inhoud en zich daar een eigen oordeel over vormen. Hierdoor wordt het zinloos om in te gaan op het zogenaamde aanbod. Ofwel bevat de e-mail vertrouwelijke informatie en moet de verzender dit duidelijk aangeven, ofwel is dit niet het geval en is het overbodig om een disclaimer toe te voegen voor zover deze tot doel heeft om contractuele rechten en plichten te scheppen<sup>143</sup>. De ontvanger die in het ongewisse gelaten wordt over het al dan niet vertrouwelijke karakter van de boodschap bevindt zich immers niet alleen in de mogelijkheid om kennis te nemen van de informatie zonder op dat moment gebonden te zijn aan een geheimhoudingsplicht – het wordt zelfs van hem verwacht.

**37.** Bij gebrek aan vaste wilsuiting vervullen dergelijke disclaimers hooguit een signaalfunctie (cf. *supra* randnr. 20) die tot doel heeft om *buitencontractuele* beschermingsmechanismen onder de aandacht van de verzender te brengen. De ontvanger kan er bijvoorbeeld op gewezen worden dat de eventuele intellectuele rechten van de verzender of van derden op het bericht moeten worden gerespecteerd, of dat bepaalde handelingen strafrechtelijk kunnen worden vervolgd (bv. het opzettelijk onderscheppen van een bericht als buitenstaander). Deze verplichtingen vinden hun grondslag echter niet in de disclaimer, maar in een wettelijke norm.

**Voorbeeld:** “The contents of this e-mail are not to be construed as a recommendation to use the information, product, process, equipment or formulation that conflicts with any patent, copyright or trademark, and neither [naam bedrijf] nor any of its related companies makes any representation or warranty, express or implied, that any use of the contents will not infringe on any patent, copyright or trademark. Nothing contained herein shall be construed as conferring by implication, estoppel or otherwise any license or right under any patent, trademark or copyright of [naam bedrijf] or any third party.”

**38. Conflict tussen het ernstige karakter van borden, affiches of stempels.** Het ernstige karakter van een bord met de vermelding “verboden toegang” of “privaat terrein” komt niet snel in het gedrang. Deze vermelding betekent niet dat de eigenaar of uitbater voortaan elke potentiële bezoeker de toegang tot zijn terrein moet ontzeggen. De bedoeling van dit bord is slechts om duidelijk te maken dat de rechtmatige betreding van het terrein een voorafgaande toestemming vereist van de eigenaar of uitbater van de locatie. De wilsuiting riskeert pas dubbelzinnig te worden indien bekend is dat ook onbevoegde personen het terrein betreden en deze aanwezigheid wordt getolereerd<sup>144</sup>.

---

<sup>143</sup> Wat niet wegneemt dat het bericht op basis van een andere grondslag bescherming kan genieten (*infra* randnr. 20) en dat een disclaimer nuttig kan zijn om daar op te wijzen.

<sup>144</sup> Zie wel: Vred. Antwerpen (II) 12 maart 1981, RW 1981, 865. De eiser had zijn personenwagen geparkeerd in een kaaizone. Deze wagen werd beschadigd. Aan de ingang van de concessie in kwestie stond een duidelijk zichtbaar paneel met de vermelding: “Verboden voor personenwagens – alle personenwagens voorbij dit bord, zowel stilstaand als rijden, bevinden zich volledig op eigen risico op de terreinen van A.H.” De eiser beriep zich op een gedoogbeleid van de concessiehouder, die zijn eigen personeel zou toelaten om hun personenwagens op de terreinen te parkeren. De rechter stelt echter vast dat de concessiehouder geen uitzonderingen op het verbod mag toestaan aangezien dit verbod voortvloeide uit een stedelijke verordening. Het verbod bleef dus onverkort van kracht. Bovendien bleef het tweede deel van het verbodsbord (de zinsnede over de exoneration) hoe dan ook van kracht.



De vraag naar het ernstige karakter van stempels met de vermelding “vertrouwelijk” is vergelijkbaar met de situatie die geldt voor de toevoeging van disclaimers. Het automatisch en ondoordacht aanbrengen van deze stempels heeft tot gevolg dat ook niet-vertrouwelijke documenten een stempel krijgen, zodat de via de stempel geuite wil minder ernstig zal worden genomen.

**39. Conflict tussen vast en precies karakter van het aanbod en borden, affiches of stempels.** De bezwaren tegen de kwalificatie van borden, affiches of stempels als een aanbod met burgerrechtelijke implicaties hebben voornamelijk betrekking op het gebrek aan precies karakter van deze wilsuitingen. Sommige disclaimers stellen nog ondubbelzinnig dat de informatie vertrouwelijk is en dat de verzender geheimhouding verwacht. Dit kan worden opgevat als een aanbod tot contractsluiting mits gebruik van duidelijke bewoordingen in die zin (bv. “you agree to [...]”). De communicatie via borden, affiches of stempels is veel beperkter. Vaak communiceren zij slechts een verbod op toegang door onbevoegden<sup>145</sup> of formuleren zij in algemene bewoordingen een wil tot exoneratie voor ongevallen op het terrein. Bij borden met exoneratiebedingen kan nog worden opgeworpen dat de vermelding “wij zijn niet aansprakelijk voor ongevallen” redelijkerwijze kan worden opgevat als een aanbod waarbij de betreding van het terrein wordt gekoppeld aan een contractuele vrijtekening van de eigenaar of uitbater van dit terrein voor hun gemeenrechtelijke ongevallenaansprakelijkheid.

Dit sluit niet uit dat zelfs een dergelijk aanbod onvoldoende precies kan zijn. Een bord met de tekst “wij zijn niet aansprakelijk voor gebeurlijke ongevallen” kwam volgens het hof van beroep te Antwerpen niet in aanmerking voor stilzwijgende aanvaarding wegens het weinig precieze karakter van deze mededeling<sup>146</sup>. Het hof had bovendien twijfels over de zichtbaarheid van het bord. Er werd daarnaast geoordeeld dat een *carwash* overeenkomst zou worden uitgehold wanneer men uitwerking zou geven aan de algemene bewoordingen van een geafficheerd exoneratiebeding<sup>147</sup>. De vereiste dat het aanbod voldoende specifiek moet zijn, betekent echter niet dat algemene bewoordingen automatisch tegen de aanbieder uitgelegd moeten worden. Zo werd geoordeeld dat de toepasselijkheid van een in algemene bewoordingen opgesteld vrijtekeningsbeding, aangebracht op een bord aan de ingang van een havenconcessie, geenszins beperkt is tot het verkeer dat zich op de concessie beweegt of tot de voertuigen die aldaar geparkeerd worden<sup>148</sup>.

Een bord met de loutere vermelding “verboden toegang” is daarentegen moeilijker te interpreteren als een aanbod tot contractsluiting waarbij elke betreder van het terrein

---

<sup>145</sup> Dit geldt niet voor borden die de toegang tot de terreinen expliciet zouden verbinden met de sluiting van een geheimhoudingsovereenkomst, maar dergelijke borden zijn niet gebruikelijk.

<sup>146</sup> Antwerpen 5 februari 1980, RW 1980-81, 1785; vgl. Luik 11 maart 1981, *JL* 1982, 2, noot M. DOUTREWE (de precieze contouren van het exoneratiebeding waren niet duidelijk bij de voorafgaande vermelding ervan op een ticket).

<sup>147</sup> Vred. Etterbeek 6 december 1983, *De Verz.* 1985, 281 (bord met als boodschap “La direction rappelle à son aimable clientèle qu’elle décline toute responsabilité pour les dommages causés aux véhicules et leurs accessoires”); zie tevens Rb. Luik 31 maart 1981, *JL* 1982, 5.

<sup>148</sup> Vred. Antwerpen (IV) 18 januari 1995, *ETL* 1995, 362.

instemt met een geheimhoudingsplicht of met een exoneratiebeding<sup>149</sup>. De bedoeling van een dergelijk bord is alleszins niet om een recht op toegang toe te kennen in ruil voor geheimhouding. Het bord stelt integendeel categoriek dat onbevoegde personen (d.i. personen die geen voorafgaande toestemming hebben gekregen) geen enkel recht op toegang kunnen laten gelden. Er kan slechts een duidelijke buitencontractuele eigendoms- en privacyclaim uit worden afgeleid. Het is evenmin evident om de bestempeling van een document als vertrouwelijk uit te leggen als een aanbod tot sluiting van een geheimhoudingsovereenkomst. De bestempeling wijst ook hier slechts met zekerheid op de buitencontractuele wil van de meester van het geheim dat onbevoegden zouden afzien van verdere kennisname. Van een aanbod tot het sluiten van een eenzijdige overeenkomst tot geheimhouding (waarbij de kennisnemende partij dus geen corresponderend recht op kennisname kan laten gelden) in hoofde van de kennisnemende partij is niet duidelijk sprake, laat staan van een wederkerige overeenkomst in de vorm van een recht op kennisname in ruil voor geheimhouding. De meester van het geheim wenst door de bestempeling net de onbevoegde kennisname te voorkomen. Ook hier blijven de rechtsgevolgen bijgevolg in beginsel beperkt tot de buitencontractuele aansprakelijkheid, waarbij men bijvoorbeeld een onzorgvuldigheid zou kunnen opwerpen in hoofde van de persoon die wetens en willens kennis neemt van geheime informatie die niet voor hem bestemd is. De vraag rijst bovendien wat voor oorzaak de eenzijdige overeenkomst voor een geheimhoudingsplicht zou hebben voor de geheimplichtige. Hij heeft immers geen belang bij de aanvaarding van deze verplichting aangezien dit geen recht opent tot kennisname van de informatie.

Uit het voorgaande mag niet worden afgeleid dat het gebruik van disclaimers, borden of stempels geen enkele relevantie heeft voor contractuele geheimhoudingsplichten. Het is alleen minder waarschijnlijk dat zij zelfstandige geheimhoudingsovereenkomsten tot stand zouden brengen. Deze technieken zijn nuttig voor de afbakening van het voorwerp van vooraf bestaande contractuele geheimhoudingsplichten. Zij zijn namelijk een instrument waarmee de meester van het geheim zijn wil te kennen kan geven in de vorm van een partijbeslissing. Zo is het gebruikelijk dat de meester van het geheim zijn wil tot geheimhouding ten aanzien van bepaalde documenten meedeelt via het aanbrengen van een stempel (of bij elektronische berichten: een uitdrukkelijke vermelding, bv. in de vorm van een disclaimer). Een werkgever kan zijn werknemers via de plaatsing van borden tevens duidelijk maken dat bepaalde locaties op zijn bedrijfsterreinen niet toegankelijk zijn voor om het even welke personeelsleden.

**40. Besluit.** De persoon die een aanbod wenst te doen, moet duidelijk maken aan de bestemming dat hij een contractsluiting beoogt. Dit kan problematisch blijken bij het gebruik van borden en disclaimers. Wat borden betreft, lijkt het al te vergezocht om te beweren dat de tekst “verboden toegang” of een symbool in die zin op te vatten is als een aanbod tot het aangaan van een geheimhoudingsovereenkomst. Hetzelfde geldt voor stempels met de vermelding “vertrouwelijk” of een gelijkaardige boodschap. Het is ook niet evident om een aanbod te ontwaren in e-maildisclaimers die zich bijvoorbeeld beperken tot de vermelding dat het bericht vertrouwelijke

---

<sup>149</sup> Tevens in die zin O. GOUT, “La responsabilité de l’hôtelier en cas de vol sur le parc de stationnement de l’hôtel: un double revirement de jurisprudence inattendu”, *D* 2001, 341.

informatie bevat (of kan bevatten), zonder duidelijk te stellen dat de verzender van de boodschap een contractuele relatie wenst te scheppen. De wil van de aanbieder moet bovendien consequent gericht blijven op een contractsluiting. Dit is niet het geval indien zijn gedrag verraadt dat hij het aanbod zelf niet altijd ernstig neemt.

**41. Mededeling van het aanbod.** Een aanbod heeft pas rechtsgevolgen indien de aanbieder het veruiterlijkt. De mededeling van het aanbod is bijgevolg de eerste (in het klassieke stramien onmisbare<sup>150</sup>) stap naar de totstandkoming van de overeenkomst. Hierbij rijst de vraag aan wie het aanbod moet worden meegedeeld, evenals wanneer en hoe dit moet gebeuren opdat de mededeling rechtsgevolgen kan sorteren.

## 2.1 Bestemming van de mededeling

**42. Een publiek aanbod is geldig.** De mogelijkheid om de identiteit van de bestemming onbepaald te laten is cruciaal voor de effectiviteit van de onpersoonlijke technieken. Zij hebben immers tot doel om contractuele verplichtingen op te leggen aan een onbepaald aantal geïnteresseerde personen. Een aanbod moet gericht zijn tot *minstens één of enkele personen*<sup>151</sup>. De specifieke identiteit van de bestemmingen hoeft daarbij niet van doorslaggevend belang te zijn voor de aanbieder. Het is toegelaten om een aanbod te doen aan het publiek<sup>152</sup>, d.i. aan een onbepaald aantal personen. Elke persoon die kennis neemt van het aanbod heeft dan de mogelijkheid om de overeenkomst aan te gaan. Er wordt doorgaans wel van uitgegaan dat de verspreiding van een “aanbod” via communicatiemiddelen zoals affiches niet bestemd is om te resulteren in een juridisch bindend aanbod in hoofde van de mededelende partij, zelfs niet indien deze affiches alle essentiële elementen voor de contractsluiting bevatten<sup>153</sup>. Een “aanbod” dat op grote schaal wordt

<sup>150</sup> Cf. A. VIALARD, “L’offre publique de contrat”, *RTD Civ.* 1971, (750) 753.

<sup>151</sup> *Ibid.*, (750) 753; P. CHAUVEL, “Consentement”, *Rep. Civ. Dalloz*, nr. 101.

<sup>152</sup> Frankrijk: G. BAUDRY-LACANTINERIE en L. BARDE, XII, 42, nr. 30; M. PLANIOL en G. RIPERT, VI, 109, nr. 102; P. CHAUVEL, “Consentement”, *Rep. Civ. Dalloz*, nr. 101; B. PETIT, “Contrats et obligations – Consentement”, *JurisClasseur Civil Code Art. 1109*, 22 november 2004, nr. 23); België: L. CORNELIS, “Het aanbod bij het tot stand komen van overeenkomsten”, *TBH* 1983, (6) 40; C. CAUFFMAN, *De verbindende eenzijdige belofte*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 248-249 en 253; vgl. F. ’t KINT, “Négociation et conclusion du contrat” in *Les obligations contractuelles*, X. DIEUX e.a. (ed.), Brussel, Editions du Jeune Barreau, 1984, (9) 32 en 35; R. KRUTHOF, H. MOONS en C. PAULUS, “Overzicht van rechtspraak (1965-73), Verbintenissen”, *TPR* 1975, (439) 453; Een publiek aanbod om een overeenkomst *intuitus personae* te sluiten is in elk geval slechts een voorstel tot onderhandelen (J. VAN RYN en J. HEENEN, II, 225, nr. 1219); Duitsland: K. LUDWIG, 46; J. STAUDINGER, §145, nr. 6; Engeland: J. CHITTY, *Chitty on contracts*, Londen, Sweet and Maxwell, 2004, 2-004.

<sup>153</sup> Voorz. Rb. Brussel 31 mei 1995, *TBBR* 1996, 68 (verkort) (de affiche die op het gebouw hing bevatte de gevraagde prijs, maar was niettemin niet te beschouwen als een aanbod); H. DE PAGE, II, 493-494, nr. 526; L. CORNELIS, “Het aanbod bij het tot stand komen van overeenkomsten”, *TBH* 1983, (6) 39. In het Franse recht is een publiek aanbod in beginsel bindend, al wordt ook hier aanvaard dat beperkingen op dit bindende karakter kunnen voortvloeien uit de aard van het aanbod: J. GHESTIN, *La formation du contrat*, 1993, 266, nr. 297. In art. 14, 2 Weens Koopverdrag geldt daarentegen een vermoeden dat een voorstel dat aan een onbepaald aantal personen is gericht moet worden beschouwd

meegedeeld, wordt eerder opgevat als een niet-bindende uitnodiging tot contracteren. Het blijft echter mogelijk om een volwaardig aanbod te doen via deze communicatiemiddelen. De mogelijke gerichtheid aan een onbepaald aantal bestemmingen verhindert bijgevolg niet dat disclaimers, eula's of borden worden gebruikt voor de communicatie van een aanbod, minstens niet indien de aanbieder voldoende duidelijk maakt dat hij gebonden wenst te zijn.

**43. Belang van het onderscheid tussen publiek aanbod, een individueel aanbod en een voorstel tot onderhandelen.** De meester van het geheim is niet noodzakelijk bereid om te contracteren met om het even welke geïnteresseerde partij, zelfs indien de informatieverstrekking gepaard gaat met een contractuele geheimhoudingsplicht. Hij zal wensen te voorkomen dat de informatie in handen komt van onbetrouwbare contractpartijen of van concurrenten. Zo leggen bepaalde *eula's* de verplichting op aan de licentienemer om het product of de toegang tot de dienst niet door te geven aan derden. Dit voorkomt dat de informatie toegankelijk wordt voor personen die de eula niet zelf hebben onderschreven. Bij een *publiek aanbod* via een gestandaardiseerde techniek kan men de geïnteresseerde personen echter niet vooraf doorlichten en kan men bijgevolg niet voorkomen dat deze personen de eula rechtstreeks aanvaarden en daardoor zelf een recht op toegang krijgen tot de informatie.

Bij een *individueel aanbod* geldt het bindende karakter voor de aanbieder daarentegen slechts ten aanzien van de beoogde bestemmingen (en dit pas van zodra zij het aanbod ontvangen). De informatieverstrekker kan het publieke karakter van zijn aanbod dan ook nuanceren door *intuitu personae*-beperkingen aan te brengen<sup>154</sup>. Alleen personen die aan de specifieke voorwaarden voldoen (bv. zelf het product hebben aangekocht) kunnen dan het aanbod aanvaarden. Personen die niet geïnteresseerd worden door het aanbod kunnen dan geen aanspraak maken op de contractvoordelen. De keerzijde daarvan is dat zij slechts langs buitencontractuele weg kunnen worden aangesproken door de meester van het geheim<sup>155</sup> indien zij toch kennis nemen van de informatie.

Deze redenering geldt tevens voor *disclaimers*. Het is niet de bedoeling van de verzender dat om het even welke ontvanger het bericht zou lezen, maar alleen de ontvanger die hij voor ogen had op het tijdstip van de verzending (de “intended recipient”). Het aanbod om de disclaimer te lezen in ruil voor bepaalde verplichtingen kan dan ook worden beperkt tot de bedoelde ontvanger. De werkelijke ontvanger moet hierbij wel in staat worden gesteld om uit te maken of hij wel de bedoelde ontvanger is. Zoniet kan hij slechts uit de context afleiden of er al dan niet een vergissing in het

---

als een uitnodiging tot het doen van een aanbod, behoudens andersluidende wilsuiting door de aanbieder.

<sup>154</sup> Deze mogelijkheid bestaat ook voor een openbaar aanbod: Ph. MALAURIE en L. AYNÈS, *Obligations. Contrats et quasi-contrats*, Parijs, Cujas, 2001, 74, nr. 83; A. VIALARD, “L’offre publique de contrat”, *RTD Civ.* 1971, (750) 781. Het doelpubliek is daarbij bepaalbaar.

<sup>155</sup> Specifieke wetgeving kan buitencontractuele, dwingende beperkingen opleggen aan de rechten en plichten van de betrokkenen. Dit is bijvoorbeeld het geval voor de gebruikers van computerprogramma's (Richtlijn 2009/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's, *Pb. L.* 5 mei 2009, afl. 111, 16).

spel is. Dit laatste vereist een kennisname van de inhoud van het bericht, hetgeen net indruist tegen de bedoelingen van de verzender.

Een *voorstel tot onderhandeling* is slechts een niet-bindende suggestie om gespreken aan te vatten over een mogelijke contractsluiting of om zelf een aanbod te ontvangen van de geadresseerde<sup>156</sup>. De initiatiefnemer voor dit voorstel behoudt zich het recht voor om de overeenkomst niet te sluiten. Dit kan het geval zijn bij het gebruik van borden. Het uithangen van een bord met de boodschap “te huur”<sup>157</sup> of “te koop”<sup>158</sup> resulteert doorgaans bijvoorbeeld slechts in een openbaar voorstel om in onderhandeling te treden. In de context van geheimhoudingsplichten heeft de gebruiker van de onpersoonlijke techniek echter het voornemen om net niet in onderhandeling te treden. Het doel is om de bestemming van het aanbod kennis te laten nemen van de informatie overeenkomstig de vooraf vastgelegde bepalingen.

## 2.2 Tijdstip van de mededeling

**44. Uitgangspunt: redelijke mogelijkheid tot kennisname moet de handeling waaruit de aanvaarding wordt afgeleid voorafgaan.** Het tijdstip van de redelijke mogelijkheid tot kennisname moet zich situeren vóór de handeling waaruit men de aanvaarding wenst af te leiden. Zij moet met andere woorden worden geboden vóór het tijdstip van de eigenlijke contractsluiting<sup>159</sup>. Een aanbod waarvan men nog niet op

---

<sup>156</sup> Frankrijk: A. VIALARD, “L’offre publique de contrat”, *RTD Civ.* 1971, (750) 781; A. LAUDE, 34, nr. 26 *et seq.*; Duitsland: BGH 2 november 1995, X ZR 135/93, *NJW* 1996, 919; K. LUDWIG, 37. Bepaalde normen, zoals het Weens Koopverdrag, gaan ervan uit dat een publiek aanbod dat gericht is aan onbepaalde personen steeds beperkt blijft tot een niet-bindende uitnodiging tot contracteren (art. 14, 2 Weens Koopverdrag); Engeland: J. CHITTY, *Chitty on contracts*, I, Londen, Sweet & Maxwell, 2004.

<sup>157</sup> Cf. Hoge Raad 13 april 2007, C06/025HR, LJN: BA1535.

<sup>158</sup> Voorz. Rb. Brussel 31 mei 1995, *TBBR* 1996, 68 (verkort).

<sup>159</sup> Cf. Gent 16 maart 2001, *De Verz.* 2002, 256, noot H. ULRICHTS (bord met exoneratiebeding bij de stallen is niet tegenwerpelijk bij gebrek aan bewijs dat de betrokkenen -*in casu* de deelnemers aan een sportkamp- bij de contractsluiting daarvan op de hoogte waren en daarmee hebben ingestemd); Antwerpen 28 maart 2000, *ETL* 2000, 697 (bord met exoneratiebeding op een haventerrein); Antwerpen 16 januari 1996, *RW* 1995-96, 1417; Brussel 15 september 1995, *RW* 1995-96, 1417, noot; Antwerpen 21 december 1993, *RHA* 1994, 30, noot; Bergen 28 maart 1990, *JLMB* 1990, 1412, J. JEUNEHOMME; Antwerpen 13 september 1976, *RHA* 1975-76, 413; Luik 29 februari 1960, *Pas.* 1961, II, 3; Luik 29 juni 1955, *JL* 1955-56, 49; Brussel 14 oktober 1950, *RW* 1950-51, 1754; Rb. Antwerpen 24 oktober 2006, *NjW* 2007, 325; Rb. Leuven 10 januari 1956, *RGAR* 1957, 5840; Kh. Tongeren 5 oktober 2004, *DAOR* 2007, 154, noot E. MONTERO; Kh. Tongeren 29 april 2008, *RABG* 2008, 968, noot G.L. BALLON; Kh. Antwerpen 22 juni 2004, *RHA* 2006, 64; Kh. Mechelen 25 juni 1999, *TBBR* 1999, 589; Kh. Huy 10 januari 1996, *JLMB* 1996, 1047; Kh. Antwerpen 30 april 1969, *RHA* 1969, 382; Kh. Brussel 3 december 1964, *RGAR* 1966, 7581; Kh. Namen 20 augustus 1964, *JL* 1964-65, 189; Kh. Verviers 6 juni 1964, *JL* 1964-65, 19; Kh. Brussel 30 maart 1933, *PP* 1933, 368, nr. 224; Kh. Brussel 22 mei 1930, *JCB* 1930, 282; Kh. Brussel 18 juli 1910, *JCB* 1910, 458; Pol. Antwerpen 17 juni 2005, *ETL* 2006, 109 (bord met kaai-reglement op een haventerrein); Pol. Brugge 29 april 2004, *RW* 2007-08, 1382 (bord met exoneratiebeding op een haventerrein); Pol. Gent 22 december 2003, *RW* 2005-06, 1433; Pol. Brugge 21 maart 2001, *TAVW* 2002, 197 (bord met exoneratiebeding op een haventerrein); Pol. Brugge 18 december 2000, *TAVW* 2002, 200; Vred. Fontaine-l’Évêque 18 januari 2007, *JLMB* 2007, 1362; Vred. La Louvière 8 maart 2006, *JLMB* 2007, 360. Zie tevens Vred. Bergen 28 juni 1976, *T. Vred.* 1977, 133. Zie M. PLANIOL en G. RIPERT, VI, 114, nr. 106 (deze auteurs stellen dat het aanbod noodzakelijkerwijze vooraf moet gaan aan de aanvaarding); R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, “Verbintenissen. Overzicht van rechtspraak (1981-1992)”, *TPR* 1994, (171) 265; A. GELDHOF, “Toetredingscontracten en algemene contractvoorwaarden” in *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2005, 3-4 en de verwijzingen aldaar; C. PAUWELS, “De aansprakelijkheid van de vestiairehouder”, *RW* 1988-89,

de hoogte is gesteld, kan daardoor onmogelijk reeds aanvaard zijn door een (in)activiteit die voorafgaat aan deze mededeling. De bewijslast van het tijdstip van de mogelijkheid tot kennisname rust bij de aanbieder. Hij zal bijvoorbeeld moeten aantonen dat het bord dat het aanbod meedeelt effectief (reeds) geplaatst en voldoende zichtbaar was ten tijde van de vermeende contractsluiting<sup>160</sup>.

Zo werd geoordeeld dat een geafficheerd exonerationebeding op een carwash terrein geen bindende kracht had omdat het ongeval was gebeurd bij het oprijden van het bedrijfsterrein, vooraleer het bord met het bewuste beding bereikt kon worden<sup>161</sup>. Uit het oprijden van dit terrein kon dan ook onmogelijk een impliciete aanvaarding worden afgeleid.

Deze vereiste brengt bewijsproblemen met zich mee voor aanbiedingen die niet op duurzame wijze worden vastgelegd. Algemene voorwaarden of eula's op het internet zijn bijvoorbeeld vatbaar voor manipulatie door de beheerder van de website. Hij zou de contractvoorwaarden eenzijdig kunnen wijzigen na de contractsluiting en zich vervolgens blijven beroepen op de toestemming van de bestemming. Dit risico wordt vermeden door de contractvoorwaarden via een duurzame methode te bezorgen aan de bestemming (bv. via e-mail of op papier) of door te werken met *trusted timestamping*. Dit is een methode waarbij een onafhankelijke derde toezicht houdt op de inhoud van een tekst, zodat zelfs de beheerder van de website geen ongemerkte wijzigingen kan aanbrengen aan het document<sup>162</sup>.

De *aanvaarding als dusdanig* impliceert bijgevolg een *voorafgaande* redelijke mogelijkheid tot kennisname (ook al wordt daar geen gebruik van gemaakt). Een *bewijs van aanvaarding* kan daarentegen worden geleverd op basis van handelingen of feiten die dateren van *na de beweerde contractsluiting*<sup>163</sup>. Zo kunnen de partijen hun *negotium* op een latere datum in een onderhandse akte gieten of kan de aanvaarding blijken uit een begin van uitvoering. Zij kan tevens worden afgeleid uit een gebrek aan protest tegen communicatie die plaatsvindt na de beweerde contractsluiting (*infra* randnr. 78)<sup>164</sup>. Dit vereist wel dat de partijen op hun beurt een

---

(137) 142; A. CLOQUET, *La facture*, 196, nr. 504. Vgl. met art. 6:234 van het Nederlandse BW (zie voor een analyse van dit wetsartikel o.m. J. HJMA, *Algemene voorwaarden in Monografieën nieuw BW*, Deventer, Kluwer, 2010, 57-70, nrs. 36-43). Zie tevens Vred. Brugge 17 oktober 1975, *RW* 1978-79, 1861 (een persoon kan na de verbreking van de verloving geen vergoeding vorderen voor het leveren van prestaties aan de personenwagen van zijn toenmalige verloofde indien hij op het tijdstip van zijn prestaties niet de bedoeling had om deze aan te rekenen).

<sup>160</sup> Pol. Antwerpen 17 juni 2005, *ETL* 2006, 109; zie tevens Kh. Antwerpen 12 juni 1995, *TBH* 1995, 908; Pol. Brugge 21 maart 2001, *TAVW* 2002, 197.

<sup>161</sup> Pol. Gent 22 december 2003, *RW* 2005-06, 1433.

<sup>162</sup> S. HABER en W. SCOTT STORNETTA, "How to time-stamp a digital document", *Journal of Cryptology* 1991, 99-111. Zie tevens Q. VAN ENIS, "L'opposabilité des conditions générales off-line et on-line: de la suite dans les idées?" in *Les conditions générales. Questions particulières*, Louvain-la-neuve, Anthemis, 2009, (9) 33-34.

<sup>163</sup> Zie A. CLOQUET, *La facture*, 196, nr. 504 ("L'acceptation de la facture implique en effet que ces modalités ont été stipulées, que ce soit tôt ou que ce soit tard").

<sup>164</sup> A. CLOQUET, "La valeur des mentions imprimées des factures", *JT* 1957, (253) 253, nr. 6 (m.b.t. de factuur dat als *instrumentum* dateert van na de totstandkoming van de overeenkomst als *negotium*). De vraag of afwijkende bepalingen op de factuur voorrang hebben op dit *negotium* (en het *instrumentum* waarin deze oorspronkelijk werd vastgelegd) is een vraag naar de mogelijkheid tot contractwijziging (*infra* randnr. 45 en 69).

redelijke mogelijkheid tot kennisname moeten genieten ten aanzien van deze communicatie.

**45. Tijdstip van de kennisname: aanbod tot contractwijziging.** De mededeling van bijkomende bedingen *na* de aanvaarding van een aanbod<sup>165</sup> is te beschouwen als een eenzijdige poging tot wijziging van een ondertussen totstandgekomen overeenkomst. Dit komt neer op de mededeling van een nieuw aanbod. De bindende kracht van deze wijziging vereist dan ook een nieuwe wilsovereenstemming tussen de partijen<sup>166</sup>.

Deze vaststelling is een obstakel voor de bindende kracht van bedingen die worden meegedeeld via betalings- of ontvangstbewijzen en bordjes die worden geplaatst op locaties die pas toegankelijk worden *na* de contractsluiting. Het is niet uitgesloten dat deze voorstellen tot wijziging (m.i.v. aanvulling) van de bestaande overeenkomst bindend worden voor de bestemming ervan, maar dit vereist een nieuwe aanvaarding.

Hieruit mag niet worden afgeleid dat latere wijzigingen van een overeenkomst onmogelijk zijn. De partijen kunnen hun oorspronkelijke afspraken aanpassen indien deze interventie steunt op de gezamenlijke partijwil. Men kan daarbij niet<sup>167</sup> (behoudens andersluidende afspraken of wettelijke bepalingen) categoriek stellen dat een aanbod tot wijziging van een bestaande overeenkomst steeds uitdrukkelijk moet worden aanvaard door de medecontractant<sup>168</sup>. Het bewijs van de gezamenlijke partijwil volstaat als dusdanig. In burgerlijke zaken moet weliswaar rekening worden gehouden met de bewijsregeling van artikel 1341 BW. In het handelsrecht mag het bewijs van handelsovereenkomsten worden geleverd door alle bewijsmiddelen, vermoedens inbegrepen. Dit geldt ook voor afwijkingen van een schriftelijke verbintenis<sup>169</sup>. Bij de wijziging van een reeds bestaande overeenkomst mogen wel hogere eisen worden gesteld aan het redelijke karakter van de kennisname en aan het omstandige karakter van het stilzwijgen<sup>170</sup>. De medecontractant hoeft immers minder bedacht te zijn op pogingen om terug te komen op bestaande afspraken. Hoe dan ook blijft de vaststelling van een aanvaarding onderworpen aan de soevereine beoordeling door de feitenrechter.

---

<sup>165</sup> Zie bv. Gent 16 maart 2001, *De Verz.* 2002, 256, noot H. ULRICHTS.

<sup>166</sup> Cf. Vred. St. Gillis 22 februari 1982, *RGAR* 1984, 10775; zie tevens Kh. Tongeren 19 januari 2007, AR A/05/03188, onuitg., 6; Frankrijk: F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, Parijs, LGDJ, 1994, 273, nr. 447; F. TERRÉ, Ph. SIMLER en Y. LEQUETTE, 2005, 133, nr. 122; vgl. D. MAINGUY, "Fasc. 60: conditions générales de Vente et contrats-types", *JurisClasseur Contrats – Distribution*, 31 december 2001, nr. 19.

<sup>167</sup> A. CLOQUET, *La facture*, 206-207, nr. 540-547 en "La valeur des mentions imprimées des factures", *JT* 1957, (253) 253, nrs. 7-10; P. VAN OMMESLAGHE, "Examen de jurisprudence (1974 à 1982). Les obligations", *RCJB* 1986, 137; M. PLANIOL en G. RIPERT, VI, 122, nr. 109; J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, Parijs, LGDJ, 1993, 334, nr. 310.

<sup>168</sup> Zie wel in die zin: L. FREDERICQ, *Beginselen van het Belgisch handelsrecht*, I, Gent, Rombouts, 110; J. LEHRER, "Des clauses d'irresponsabilité", *RGAR* 1962, 6800-6.

<sup>169</sup> Cf. Cass. 7 januari 2005, *Arr. Cass.* 2005, 39; Cass. 27 januari 2000, *Arr. Cass.* 2000, 72. Zie tevens Cass. 24 januari 2008, AR C.07.0355.N, Lesaco / DJ, [www.juridat.be](http://www.juridat.be); Cass. 29 januari 1996, *Arr. Cass.* 1996, 126.

<sup>170</sup> Zie bv. in die zin Kh. Turnhout 11 februari 2009, *RW* 2009-10, 1064; Kh. Brussel 16 januari 2004, *RW* 2005-06, 872.

**46. Tijdstip van de kennisname: beding tot eenzijdige vaststelling van bijkomende bedingen na de contractsluiting.** Een beding dat stipuleert dat de overeenkomst na haar totstandkoming wordt aangevuld door één van de partijen is problematisch indien de medecontractant deze aanvullingen niet kan consulteren op het moment van de aanvaarding. Dergelijke bedingen zijn steeds onrechtmatig indien zij door ondernemingen worden bedongen ten nadele van consumenten. Artikel 74, 26° WMPC (oud art. 32, 23. WHPC) verbiedt namelijk bedingen die op onweerlegbare wijze de instemming van de consument vaststellen met bedingen waarvan hij niet daadwerkelijk kennis kon nemen vóór de sluiting van de overeenkomst. De mogelijkheid tot eenzijdige aanvulling na de contractsluiting kan wel geldig zijn buiten de context van de consumentenbescherming. Een partij kan in de oorspronkelijke overeenkomst een recht op het aanbrengen van wijzigingen bedingen voor contractuele bestanddelen die niet essentieel zijn (en evenmin substantieel) zijn voor de medecontractant. Hier is geen sprake van een aanbod tot wijziging van de overeenkomst, maar van een eenzijdige wijzigingsbevoegdheid die haar grondslag vindt in de gemeenschappelijke wil van de partijen. Deze wijzigingsbevoegdheid is te kwalificeren als een partijbeslissing die de rechter marginaal kan toetsen.

Het verbod op rechtsmisbruik beperkt de beslissingsmarge van de partijbeslissers<sup>171</sup>. Manifest onredelijke beslissingen zijn vatbaar voor matiging. De wijze van uitoefening van het beding tot partijbeslissing kan bovendien worden getoetst aan de geldigheidsvereisten van het voorwerp en de oorzaak. Het beslissingsrecht mag het bestaan en het bepaalbare karakter van het contractuele voorwerp niet uithollen en moet een geldige oorzaak hebben. Dit is niet het geval indien de bevoegdheid slechts tot doel heeft om elke onderhandeling over later mee te delen essentiële of substantiële contractvoorwaarden te verhinderen.

**47. Tijdstip van de kennisname: uitstel van de definitieve contractsluiting via bedenkmogelijkheid voor de geadresseerde.** Het voorzien van een bedenkt termijn is een andere strategie voor de remediëring van de latere mededeling van standaardvoorwaarden. Dit resulteert in een zogenaamde *rolling contract formation*<sup>172</sup>. De bestemming van het aanbod wordt hierbij eerst verwittigd van het bestaan van bijkomende voorwaarden en krijgt vervolgens, nadat hij ervan kennis neemt, de keuze om zich ofwel neer te leggen bij de standaardvoorwaarden en de overeenkomst aan te gaan ofwel om af te zien van de contractsluiting (en desgevallend het product terug te bezorgen). Dergelijke technieken zijn gebruikelijk bij *eula's* die worden meegedeeld via de zogenaamde *shrinkwrap* methode. Een dergelijke uitgestelde mededeling van de contractvoorwaarden is niet noodzakelijk

---

<sup>171</sup> Cf. J. RONSE, "Marginale toetsing in het privaatrecht", *TPR* 1977, (207) 211 *et seq.*

<sup>172</sup> Rolling contracts zijn overeenkomsten "formed over time, with the seller presenting the terms in batches. Some terms are provided before or during the purchase or order, while others are provided later" (S. FRIEDMAN, "Improving the Rolling Contract", *American University Law Review* 2006, (1) 4 (56 AM. U. L. REV. 1); zie tevens F. MOOTZ, "After the Battle of the Forms: Commercial Contracting in the Electronic Age", *I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society* 2008, (271) 281; R. SCHULTZ, "Rolling contract formation under the UN Convention on contracts for the international sale of goods", *Cornell International Law Journal* 2001-02, 264-289 (35 Cornell Int'l LH 263); E. MURRAY, *Corbin on Contracts Desk Edition*, 3-35, §3.10[2][g].



een poging om de medecontractant nadeel te berokkenen. In sommige gevallen gebeurt het eerste contact tussen de geïnteresseerde partijen nu eenmaal in omstandigheden waarin het onmogelijk is om de medecontractant meteen op de hoogte te stellen van alle details van de te sluiten overeenkomst, bijvoorbeeld omdat de overeenkomst telefonisch wordt gesloten. De effectiviteit van de latere mededeling vereist wel dat de contractant op voorhand op de hoogte wordt gebracht van het feit dat de aanbieder zich het recht voorbehoudt om achteraf allerlei voorwaarden op te leggen die stilzwijgend aanvaard worden indien het product niet tijdig wordt terugbezorgd. Dit vertaalt zich ofwel in een recht op partijbeslissing voor de aanbieder in het raam van een reeds tot stand gekomen overeenkomst, ofwel in het uitstel van de contractsluiting tot het tijdstip van de mededeling van de bijkomende contractvoorwaarden. In dat laatste geval tracht de aanbieder de stilzwijgende aanvaarding af te leiden uit het gebrek aan protest (*infra* randnr. 79) of de opeising van het contractvoordeel door de bestemming van zijn aanbod (*infra* randnr. 77). Indien deze waarschuwing niet gebeurt, riskeert de aanbieder te moeten vaststellen dat de overeenkomst tussen de partijen reeds op definitieve wijze tot stand komt naar aanleiding van het eerste contact, zodat zijn medecontractant het recht heeft dit product te gebruiken zonder bijkomende beperkingen te moeten tolereren.

**48. Tijdstip van de kennisname: kaderovereenkomsten met standaardbedingen voor latere bijzondere overeenkomsten.** Een kaderovereenkomst bevat bedingen die bestemd zijn om te worden toegepast op elke individuele overeenkomst die de partijen zullen sluiten<sup>173</sup>. Het opnieuw meedelen van de inhoud van de kaderovereenkomst is, evenmin als het opnieuw aanvaarden ervan, niet meer noodzakelijk naar aanleiding van elke individuele contractsluiting die binnen het toepassingsgebied van de kaderovereenkomst valt. De bindende kracht van deze bedingen vloeit immers niet voort uit elke individuele overeenkomst als dusdanig, maar uit de permanent van kracht blijvende, zelfstandige overeenkomst. Geheimhoudingsbedingen kunnen nuttig deel uitmaken van kaderovereenkomsten<sup>174</sup>. Hun statuut als kaderbeding voorkomt dat partijen de toevoeging van een geheimhoudingsbeding in hun specifieke overeenkomst steeds moeten heronderhandelen. Dit vermijdt het daarmee corresponderende gevaar dat deze toevoeging over het hoofd wordt gezien.

Het hof van beroep te Brussel bevestigde de mogelijkheid om bedingen te stipuleren voor de globale contractuele verhouding. De partijen hadden een inschrijvingsformulier voor een manege ondertekend waarop een exonerationebeding voorkwam. Zij voerden aan dat dit beding niet meer voorkwam op hun trimestriële abonnementskaarten. Het hof oordeelde onder meer “qu’au reste et en tout état de cause, les mentions insérées sur le formulaire d’inscription étaient suffisantes et qu’il n’y avait aucune raison de devoir les rappeler trimestriellement pour qu’elles restent en vigueur”<sup>175</sup>. De eenmalige vermelding

<sup>173</sup> Het toepassingsgebied van het beding kan worden beperkt tot specifieke overeenkomsten of periodes. Het kan tevens een retroactieve werking krijgen en zich uitstrekken tot overeenkomsten die in het verleden werden gesloten.

<sup>174</sup> Ook individuele clausules kunnen overigens het statuut van kaderovereenkomst genieten (J. GATSI, *Le contrat-cadre*, Parijs, LGDJ, 1996, 36, nr. 42) zoals het ook terminologisch correcter is om een geïsoleerd exonerationebeding over buitencontractuele schade te bestempelen als een exonerationsovereenkomst.

<sup>175</sup> Brussel 22 december 1976, *RGAR* 1979, 9990.

van het exoneratiebeding werd met andere woorden geacht te volstaan omdat voldoende duidelijk was dat de vermelding op het oorspronkelijke inschrijvingsformulier bestemd was om van toepassing te blijven op de contractuele relatie.

## 2.3 Manier waarop de mededeling moet gebeuren

### 2.3.1 Redelijke mogelijkheid tot kennisname

**49. Redelijke mogelijkheid tot kennisname.** Het aanbod is een eenzijdige, mededelingsplichtige rechtshandeling (*acte unilatérale réceptive*)<sup>176</sup>. Het krijgt pas uitwerking indien en voor zover de bestemming ervan op de hoogte wordt gebracht<sup>177</sup>. Deze mededeling is niet onderworpen aan bijzondere vormvereisten<sup>178</sup> en kan zelfs stilzwijgend gebeuren<sup>179</sup>. Een *effectieve kennisname* is niet vereist<sup>180</sup>. Het volstaat dat de bestemming van het aanbod beschikt over *een redelijke mogelijkheid tot kennisname*<sup>181</sup>. De geadresseerde kan de gevolgen van het aanbod dus niet omzeilen door de kennisname bewust te ontlopen. Dit belet dat de bestemming de geldigheid betwist van één of meer contractuele bestanddelen waarvan hij (on)bewust geen kennis nam ondanks het feit dat hij wist of behoorde te weten dat zij deel uitmaakten van een aanbod dat hij heeft aanvaard<sup>182</sup>. De vereiste van een reële

---

<sup>176</sup> J.-L. AUBERT, 168, nr. 177 (deze kwalificatie geldt naar Frans recht niet voor elke vorm van aanbod); T. STAROSSELETS, “Offre et acceptation: principes et quelques questions spéciales” in *Le processus de formation du contrat*, Brussel, Larcier, 2004, (9) 23.

<sup>177</sup> Kh. Tongeren 5 oktober 2004, *DAOR* 2007, 154, noot E. MONTERO; Rb. Luik 23 januari 1956, *JT* 1956, 46; W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, 295, nr. 102; P. GREGOIRE, “Les conditions générales en matière de vente” in *La Vente*, Brussel, JBB, 1987, 66; M. COIPEL, *Eléments de théorie générale des contrats*, Diegem, Kluwer, 1999, 45; M. TAVERNE en M. VAN RUYMBEKE, “Les clauses relatives à l’opposabilité et à la formation du contrat dans les conditions générales”, 1985, 22; D. PHILIPPE en M. CHAMMAS, 203; K. VANDERSCHOT, 3. Op basis van de vertrouwensleer komt de overeenkomst ook tot stand indien de geïnteresseerde partij een schijn liet ontstaan dat de aanvaarding mocht worden gericht aan een derde (Antwerpen 29 juni 1998, *AJT* 1999-2000, 203).

<sup>178</sup> Kh. Nijvel 12 juni 2008, *JT* 2008, 625.

<sup>179</sup> België: J. STICHELBAUT, E. MONTERO, I. RORIVE en J-Ph. GOBIED, “II.1.4 Négociation et formation du contrat”, 60, nr. 2.37; T. STAROSSELETS, 24, nr. 12; C. DELFORGE, (1<sup>e</sup> partie), 560, nr. 22.

<sup>180</sup> Antwerpen 28 maart 2000, *ETL* 2000, 697; Antwerpen 6 december 1999, *TBBR* 2000, 533, noot C. CAUFFMAN; Antwerpen 16 januari 1996, *RW* 1995-96, 1417, noot; Kh. Mechelen 25 juni 1999, *TBBR* 1999, 589; Kh. Antwerpen 12 juni 1995, *TBH* 1995, 908; Pol. Antwerpen 17 juni 2005, *Eur. Vervoerr.* 2006, 109; Pol. Brugge 29 april 2004, *RW* 2007-08, 1382; Pol. Brugge 21 maart 2001, *TAVW* 2002, 197; Pol. Brugge 18 december 2000, *TAVW* 2002, 200; *Contra*: Brussel 25 februari 2003, *TBH* 2004, 563; Luik 21 december 1960, *Pas.* 1961, II, 228; Vred. Bergen 28 juni 1976, *T. Vred.* 1977, 133; R. DE SMET, “De la force obligatoire des ‘conditions générales’ en matière commerciale” (noot onder Cass. 9 februari 1973), *RCJB* 1974, (192) 196; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, 37, nr. 25; A. CLOQUET, *La facture*, 196, nr. 505; Q. VAN ENIS, “L’opposabilité des conditions générales off-line et on-line: de la suite dans les idées?” in *Les conditions générales. Questions particulières*, (9) 12; D. PHILIPPE en M. CHAMMAS, 204.

<sup>181</sup> Vgl. art. 6:233 van het Nederlandse BW; zie tevens voor Frankrijk: F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, Parijs, LGDJ, 1994, 17-19, nr. 18-21; vgl. echter met F. LIMBACH, 76, nr. 130. Deze auteur stelt de vraag of een loutere mededeling van het aanbod volstaat dan wel of de bestemming effectief moet kennisnemen van het aanbod en overweegt: “en effet, la première solution constituerait une petite révolution du droit français [...] puisqu’elle impliquerait qu’il est possible de conclure un contrat en ignorant non seulement le contenu d’éventuelles clause standardisées, mais encore leur existence même [...]”.

<sup>182</sup> Zo aanvaardt de partij die een overeenkomst ondertekent de hele akte zelfs indien zij deze blindelings heeft ondertekend, dus zonder kennis te nemen van de standaardbepalingen, omdat ze het

kennisname zou de bewijslast daarentegen aanzienlijk verzwaren voor de aanbieder<sup>183</sup> en zou uitnodigen tot misbruik. Het criterium van de reële kennisname hangt immers af van een louter subjectieve gemoedstoestand van de bestemming van het aanbod.

De vereiste van een redelijke mogelijkheid tot kennisname impliceert dat de aanbieder enerzijds verplicht is om al het redelijke te doen om de bestemming op de hoogte te brengen van het bestaan en de inhoud van het aanbod, terwijl de bestemming zich anderzijds niet op onwetendheid kan beroepen over een aanbod waarvan hij redelijkerwijze kennis kon nemen. Beide partijen dragen daardoor een zekere verantwoordelijkheid voor de succesvolle communicatie van het aanbod. Het is dus in de eerste plaats, maar niet uitsluitend, de aanbieder die een inspanning moet leveren. Ook van de bestemming kan een inspanning worden verwacht<sup>184</sup>. Deze stelling is gegrond op de vertrouwensleer. Een redelijke mogelijkheid tot kennisname draagt bij tot de schijn dat de persoon tot wie het aanbod wordt gericht ook effectief kennis zal nemen van dit aanbod. Deze persoon wordt geacht om het risico van de gecreëerde schijn op zich te nemen indien hij (on)bewust toch geen kennis neemt van het aanbod. De aanbieder moet wel zelf te goeder trouw zijn om zich succesvol op de schijn te beroepen. Hij dient daarom alle redelijke maatregelen te nemen opdat de bestemming kennis kan nemen van het aanbod<sup>185</sup>. Hij moet een situatie creëren waarin de aandacht van een normaal zorgvuldige persoon wordt gevestigd op het aanbod<sup>186</sup> en waarin men ervan kan uitgaan dat de bestemming het aanbod heeft “kunnen en moeten kennen”<sup>187</sup>.

---

volle vertrouwen had in de medecontractant (Antwerpen 3 maart 1987, *TBBR* 1989, 237, noot D. PHILIPPE). Vgl. I. MOREAU-MARGREVE, “Les conditions générales de vente” in *Renaissance du phénomène contractuel*, 279; Frankrijk: F. LIMBACH, 112-114, nr. 197-200.

<sup>183</sup> De bewijslast (of het bewijsrisico) van de (redelijke mogelijkheid tot) kennisname ligt in beginsel bij de aanbieder op basis van artt. 1315 BW en 870 Ger. W. Zie tevens Vred. Mol 21 december 1993, *TR* 1995-96, 12; Vred. Luik (II) 8 maart 1979, *De Verz.* 1980, 139, noot RB; X, noot onder Cass. 11 december 1970, *TBH* 1972, 611.

<sup>184</sup> Cf. Brussel 20 november 1964, *Pas.* 1965, II, 257; Rb. Luik 29 juni 1976, *JL* 1976-77, 275 (“[...] ne peut juridiquement soutenir qu’il n’a pas pris connaissance du document qui lui était remis dans ces circonstances; qu’il lui appartenait d’y consacrer un minimum d’attention”); Kh. Luik 4 februari 1956, *JT* 1956, 461.

<sup>185</sup> Cf. Kh. Brussel 18 juli 1910, *JCB* 1910, 458 (“qu’il appartient à la direction du théâtre de lui donner une publicité telle qu’elle ne puisse être ignorée des spectateurs avant qu’ils s’adressent au vestiaire”); Zie tevens R. STEENNOT, *Elektronisch betalingsverkeer: een toepassing van de klassieke principes*, Antwerpen, Intersentia, 2002, nr. 62.

<sup>186</sup> Brussel 7 maart 1996, *RGAR* 1997, 12871; Gent 16 juni 1956, *RW* 1956-57, 1648, adv. O.M.; Kh. Brussel 22 mei 1930, *JCB* 1930, 282; vgl. met de toetsing van misleidende reclame: Brussel 16 mei 2006, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 2006, 132; M. BOSMANS, “Standaardbedingen”, *TPR* 1984, (33) 46 (deze auteur poneert het goedehuisvaderprincipe voor de toetsing van de redelijke mogelijkheid tot kennisname). Zie tevens S. STUNS, “Contractualisering van sancties in het privaatrecht, inzonderheid bij contractuele wanprestatie”, *RW* 2001-02, (1258) 1261-1262 (deze auteur stelt vast dat wanneer een aanbod wordt overgebracht d.m.v. een bord, dit bord zodanig moet zijn aangebracht dat het de aandacht van de cliënt erop vestigt). Zie tevens de analyse van E. DIRIX, “Exoneratiebedingen”, *TPR* 1988, (1171) 1183-1184, nr. 14.

<sup>187</sup> Kh. Antwerpen 12 juni 1995, *TBH* 1995, 908; Brussel 9 november 1912, *RHA* 1913, 53; vgl. Brussel 22 december 1976, *RGAR* 1979, 9990; Kh. Kortrijk 27 november 1937, *JCF* 1937, 268, noot E.V.; Kh. Luik 6 april 1922, *JL* 1922, 221. M. FAURE, *RW* 1982-83, (2162) 2171; A. CLOQUET, *La facture*, 199, nr. 513 (“normalement pu et dû connaître”); vgl. tevens met Cass. 1<sup>e</sup> civ. (fr.) 19 mei 1992, *Bull. Civ.* 1992, I, 99, nr. 146 (nr. Juris-data: 1992-001189).

Dit heeft tot gevolg dat de bestemming het bestaan van een aanbod moet erkennen indien dit op een voldoende duidelijke wijze wordt meegedeeld. De bestemming die vervolgens weigert om kennis te nemen van het aanbod<sup>188</sup>, mag nog steeds worden geacht om ervan op de hoogte te zijn en de gevolgen van het gebrek aan kennis te dragen. Rechtspraak die categoriek stelt dat de bestemming van het aanbod geen enkele kennisnameplicht heeft ten aanzien van een mededeling<sup>189</sup>, gaat daarom te ver. De vraag is niet zozeer of de bestemming effectief kennis had, maar of de aanbieder, gelet op de concrete omstandigheden, ervan mag uitgaan dat de bestemming redelijkerwijze kennis zou nemen van het geafficheerde aanbod. Zo volstaat het louter uithangen van een bord nog niet om een legitieme verwachting tot kennisname te scheppen (*infra* randnr. 53 *et seq.*). De aanbieder dient daarenboven aan te tonen waarom de persoon tot wie het aanbod gericht is ook redelijkerwijze ervan kennis zou moeten nemen en de inhoud van het aanbod zou moeten begrijpen<sup>190</sup>.

De maatstaf om te oordelen hoeveel aandacht de betrokkenen (zowel de aanbieder als de bestemming) aan de dag dienen te leggen voor het opmerken van het bestaan van een aanbod of de concrete inhoud daarvan, hangt mede af van de personen waarmee men te maken heeft<sup>191</sup> en het al dan niet gebruikelijke karakter van de mededelingswijze<sup>192</sup>. Naargelang de omstandigheden hoeft een bestemming minder bedacht te zijn op pogingen om een aanbod te communiceren<sup>193</sup>. De aanbieder moet zich bijvoorbeeld rekenschap geven van het feit dat bepaalde communicatiemethodes

---

<sup>188</sup> Deze weigering hoeft niet opzettelijk te zijn, zij kan ook gebeuren uit nalatigheid (*cf.* Vred. Luik (II) 4 juli 1957, *JL* 1957-58, 127 – de bestemming beweerde geen kennis te hebben van de clause ondanks de maandelijks mededeling ervan gedurende een jaar; in dezelfde zin Brussel 22 december 1976, *RGAR* 1979, 9990).

<sup>189</sup> In die zin bv. Vred. Sint-Gillis 22 februari 1982, *RGAR* 1984, nr. 10.775 (“que le client n’est pas tenu de lire les affiches et avis de tout genre figurant dans le magasin”); Kh. Brussel 30 maart 1933, *PP* 1933, 368, nr. 224.

<sup>190</sup> Rb. Leuven 9 februari 1979, *RW* 1979-1980, 1551; Vred. Elsene 10 maart 2005, *TBH* 2005, 487 (“Que le simple avis laconique émis dans un extrait de compte peut échapper à l’attention du cocontractant et ne constitue pas une communication en bonne et due forme”).

<sup>191</sup> In het algemeen: Antwerpen 29 juni 1998, *AJT* 1999-2000, 203 (“dat in handelsrelaties niet moet verwacht worden dat de aangeschreven handelspartij allerlei detectieve activiteiten aan de dag zou leggen om uit te maken met wie zij uiteindelijk contracteert” – het faxbericht met het aanbod bevatte op opvallende wijze de naam en coördinaten van een derde terwijl de identiteit van de reële medecontractant slechts in klein lettertype werd meegedeeld). Specifiek t.a.v. borden: Rb. Leuven 9 februari 1979, *RW* 1979-1980, 1551 (“[dat] het uithangen van een eenvoudige plaat onvoldoende is daar ze aan de aandacht van de cliënteel kan ontsnappen en niet steeds in overweging wordt genomen door de cliënteel bij het betreden van het parkeerterrein”); Kh. Brussel 14 juni 1947, *TBH* 1949, 28 (“[...] ne permet pas de conclure que l’avis litigieux était tel (dimension des caractères et emplacement de l’affiche) qu’il dût nécessairement être lu par la dame Meganck; [...] que d’ailleurs les ménagères par lesquelles les lavoirs sont fréquentés n’attachent généralement pas une attention suffisante à pareil avis, et n’en comprennent pas toujours la portée”). Vgl. met Vred. Antwerpen 13 januari 1971, *RGAR* 1973, nr. 9051 (autobestuurder die personeelslid is van de betrokken openbare instelling die een exoneratiebeding had opgenomen t.a.v. de parking in haar dienstvoorschriften en op een duidelijk zichtbare aanplakbrief).

<sup>192</sup> Brussel 20 november 1964, *Pas.* 1965, II, 257; Kh. Brussel 18 juli 1910, *JCB* 1910, 458.

<sup>193</sup> Antwerpen 20 september 2004, *RW* 2007-08, 539 (de leveringsbon wordt geacht een specifieke functie te vervullen voor het bewijs van de levering, zodat de wederpartij er niet op bedacht hoeft te zijn dat dit document ook de roeping heeft de contractuele verhouding nader te bepalen).

en bepaalde presentatiewijzen van het aanbod minder geschikt zijn omdat de bestemmingen van het aanbod er weinig aandacht aan zullen besteden<sup>194</sup>.

Een gebrek aan redelijke mogelijkheid tot kennisname impliceert dat het aanbod *niet vatbaar is voor stilzwijgende aanvaarding*. Een *uitdrukkelijke aanvaarding* door de medecontractant van bedingen waarvan hij niet redelijkerwijze kennis kon nemen is alleen geldig indien wordt aangetoond dat de medecontractant de bedingen in kwestie niet als essentiële of substantiële elementen voor de contractsluiting beschouwde en zich wetens en willens heeft onderworpen aan de wil van de aanbieder met betrekking tot de inhoud van deze bedingen<sup>195</sup>.

**50. Het redelijke karakter van de mogelijkheid tot kennisname is een feitenkwestie.** Een reële kennisname is niet vereist, maar het bieden van een louter theoretische mogelijkheid tot kennisname volstaat evenmin. Het moet gaan om een redelijke mogelijkheid<sup>196</sup>. Dit is een feitenkwestie<sup>197</sup>. De aanbieder moet alle redelijke inspanningen leveren die bij hem het legitieme vertrouwen mogen wekken dat de bestemming er kennis van zal nemen. Hij mag de medecontractant niet verrassen met een (gedeelte van een) aanbod dat theoretisch beschikbaar was, maar waarvan het bestaan zou ontglippen aan de aandacht van een normaal zorgvuldige persoon die wordt geplaatst in dezelfde omstandigheden. De mededeling van het aanbod mag niet gepaard gaan met kunstgrepen of gebeuren in omstandigheden die het redelijke karakter van de kennisnamemogelijkheid uithollen. Het aanbod mag kortom geen valstrik zijn voor de bestemming<sup>198</sup>. De aanbieder kan in omstandigheden waarin de bestemmingen weinig aandacht zouden besteden aan bepaalde communicatiewijzen nog steeds trachten om een redelijke mogelijkheid tot kennisname te bieden door het aanbod zeer duidelijk te presenteren aan de bestemming ervan.

Het is niet uitgesloten dat een *in abstracto* onredelijke mogelijkheid tot kennisname toch heeft geleid tot kennisname in de concrete omstandigheden. De plaatsing van een bord langs één van de mogelijke toegangswegen van een terrein of gebouw is bijvoorbeeld onredelijk wanneer men dit bekijkt vanuit een globaal perspectief.

---

<sup>194</sup> Luik 29 juni 1955, *JL* 1955-56, 49 (“[...] texte imprimé sur le ticket auquel on prête généralement très peu d’attention”); Kh. Namen 20 januari 1977, *RRD* 1976-77, 314; Kh. Brussel 3 december 1964, *RGAR* 1966, 7581 (“[...] a eu connaissance de ce règlement, ou plus exactement que son attention a été attirée sur l’application de celui-ci au contrat de garage, lors de la formation de ce dernier”); Kh. Namen 20 augustus 1964, *JL* 1964-65, 189 (“caractères plutôt petits n’attirant pas l’attention”); Vred. Aarlen 14 oktober 1977, *JL* 1977-78, 192; zie tevens Vred. Elsene 10 maart 2005, *TBH* 2005, 487.

<sup>195</sup> Hierbij kan voor consumenten reeds worden gewezen op de bescherming van art. 74, 26° WMPC (oud art. 32, 23. WHPC - *infra* randnr. 83).

<sup>196</sup> Cf. D. PHILIPPE en M. CHAMMAS, 204 (“la possibilité réelle et raisonnable compte tenu des circonstances objectives et subjectives en l’espèce d’avoir effectivement connaissance”).

<sup>197</sup> Luik 21 december 1960, *Pas.* 1961, II, 228; C. PAUWELS, “De aansprakelijkheid van de vestiairehouder”, *RW* 1988-89, (137) 142; M. BOSMANS, “Standaardbedingen”, *TPR* 1984, (33) 46; S. STIJNS, “Contractualisering van sancties in het privaatrecht, inzonderheid bij contractuele wanprestatie”, *RW* 2001-02, (1258) 1262, voetnoot 25.

<sup>198</sup> Cf. A. CLOQUET, “La valeur des mentions imprimées des factures”, *JT* 1957, (253) 254, nr. 11; vgl. Q. VAN ENIS, “L’opposabilité des conditions générales *off-line* et *on-line*: de la suite dans les idées?” in *Les conditions générales. Questions particulières*, (9) 13; I. MOREAU-MARGREVE, “Les conditions générales de vente”, (259) 281.

Bezoekers die een andere toegangsweg gebruikten dan diegene waar het bord is geplaatst, kunnen immers niet op de hoogte zijn van dit aanbod<sup>199</sup>. Niet elke bezoeker geniet daardoor *in abstracto* over een redelijke mogelijkheid tot kennisname. De eigenaar of uitbater van het terrein kan echter trachten aan te tonen dat een specifieke bezoeker wel een redelijke mogelijkheid tot kennisname genoot omdat deze wel degelijk gebruik maakte van de toegang met het bord. Deze bezoeker beschikte dan *in concreto* over een redelijke mogelijkheid tot kennisname, althans in de mate dat het bord voldoende zichtbaar was en de vermeldingen erop voldoende leesbaar waren (*cf. infra* randnrs. 53 en 60).

**51. Vrije keuze van de communicatiewijze door de aanbieder – gevaar van partiële totstandkoming van overeenkomsten bij partieel gebrek aan redelijke mogelijkheid tot kennisname.** Het staat de aanbieder vrij om te beslissen hoe hij zijn aanbod meedeelt. Hij mag gebruik maken van om het even welk communicatiemiddel. Niets verhindert daarbij dat de mededeling van het aanbod wordt opgesplitst via verschillende informatiedragers of communicatiemiddelen. Het dient wel duidelijk te zijn dat de verschillende onderdelen één globaal aanbod vormen<sup>200</sup>. De aanbieder moet bovendien een redelijke mogelijkheid tot kennisname bieden ten aanzien van elk individueel bestanddeel van zijn aanbod, op welke wijze dit ook wordt gecommuniceerd. Indien één van deze bestanddelen niet correct wordt meegedeeld, heeft de aanvaarding van de bestemming van het aanbod geen betrekking op dit onderdeel<sup>201</sup> voor zover wordt vastgesteld dat hij dit onderdeel niet kent en evenmin behoorde te kennen. De bestemming van het aanbod kan de door hem ongewenste bestanddelen van het aanbod daarentegen niet eenzijdig wegdenken bij een correcte mededeling van elk van de bestanddelen.

<sup>199</sup> Zie voor een dergelijk geval: Gent 17 december 1997, *TBBR* 1999, 524; vgl. met Rb. Luik 1 oktober 2008, *TBH* 2009, 610 (plaatsing van de contractvoorwaarden op een webpagina die niet noodzakelijk wordt geconsulteerd door personen die de procedure voor de contractsluiting doorlopen en waarvan het evenmin duidelijk is dat op die plaats een aanbod wordt gericht aan de bezoekers van de pagina).

<sup>200</sup> *Cf.* Kh. Namen 20 januari 1977, *RRD* 1976-77, 314 (“l’affichage à l’intérieur d’un magasin d’un texte imprimé [...] n’attire en général pas suffisamment l’attention du client pour qu’on puisse en déduire que celui-ci a marqué son accord par le fait même qu’il a confié un travail au commerçant”); Kh. Oostende 27 april 1965, *RW* 1964-65, 2034 (“bewijst echter geenszins dat de overeenkomst is aangegaan onder het regime van dit ‘reglement’” – *in casu* voerde de garagist een exonatiebeding aan waarvan hij beweerde dat het als een bericht aan het publiek voorkwam in zijn werkplaats); Kh. Brussel 31 januari 1950, *Bull. Ass.* 1950, 618, noot MG; vgl. Antwerpen 29 juni 1998, *RHA* 1998, 419 (de aanvaarding van bij elk order per aangetekende brief verstuurd algemene voorwaarden werd ondubbelzinnig geacht wegens de ondertekening voor ontvangst van het begeleidende schrijven en de afwezigheid van enig protest); M. FAURE, *RW* 1982-83, (2162) 2171-2172.

<sup>201</sup> Brussel 7 maart 1996, *RGAR* 1997, 12871; Brussel 24 april 1980, *Pas.* 1980, II, 87; Brussel 9 november 1912, *RHA* 1913, 53; Kh. Brussel 3 december 1964, *RGAR* 1966, 7581; Kh. Namen 20 augustus 1964, *JL* 1964-65, 189. Zie tevens reeds A. KLUYSKENS, “De factuur als bewijsmiddel”, *RW* 1923-24, (1) 3 (“Werd de factuur stilzwijgend aangenomen, dan kan het gebeuren dat [...], de koper beweert sommige bijkomende clausules niet aanvaard te hebben. Hier zal men wederom moeten onderzoeken of de kwestieuze clausules wel zichtbaar en klaar genoeg voorkwamen” – hetzelfde geldt in feite voor een uitdrukkelijk aangenomen factuur, men zal immers alleen maar aanvaarden waar men redelijkerwijze kennis van moet nemen). Frankrijk: F. TERRE, Ph. SIMLER en Y. LEQUETTE, 2005, 131-133, nr. 122.

De notie “communicatiewijze” wordt zo ruim mogelijk opgevat in deze context. Zij heeft niet alleen betrekking op het communicatiekanaal -zoals het uithangen van een bord of de afgifte van een ticket met contractuele ambities op de plaats waar men de overeenkomst sluit-, maar ook op de verschillende presentatiewijzen van bedingen die worden megedeeld via hetzelfde communicatiekanaal, zoals het gebruik van een formulier waarop sommige bedingen zeer duidelijk en andere bedingen amper leesbaar werden afgedrukt. De aanvaarding van de medecontractant strekt zich in deze hypothese alléén uit tot de leesbare bedingen en niet tot de redelijkerwijze als onleesbaar te beschouwen bedingen.

Men kan daarbij stellen dat de bestemming van het aanbod minder bedacht hoeft te zijn op de mededeling van een aanbod via communicatiewijzen die ongebruikelijk zijn voor deze doelstelling. Dit kan naargelang de omstandigheden het geval blijken voor disclaimers en borden. Er rust in die hypothese een grotere verantwoordelijkheid op de aanbieder om duidelijk te maken dat zijn mededeling moet worden opgevat als een wil tot contractsluiting.

**52. Invloed van gebruiken op kennisname of aanvaarding van een aanbod.** Het kan in sommige sectoren<sup>202</sup> gebruikelijk zijn om een aanbod of aanvaarding op een bepaalde manier mee te delen (m.i.v. een stilzwijgen)<sup>203</sup>. Dergelijke gebruiken zijn een uitzondering op de algemene principes van kennisname en aanvaarding<sup>204</sup>. Zij kunnen tevens tot gevolg hebben dat bepaalde bedingen worden toegevoegd aan de overeenkomst zonder dat zij bewust werden voorgesteld of aanvaard door de partijen, tenzij de partijen hier uitdrukkelijk van afwijken<sup>205</sup>.

### 2.3.2 Consulteerbaarheid

**53. Redelijke mogelijkheid tot kennisname impliceert noodzakelijkerwijze de consulteerbaarheid van het aanbod.** Een redelijke mogelijkheid tot kennisname impliceert in de eerste plaats dat het aanbod (tijdig) consulteerbaar is voor de bestemming. Dit is niet het geval indien de bestemming de handeling waaruit de aanvaarding dient te worden afgeleid, stelt zonder vooraf kennis te kunnen nemen van het aanbod.

Een voorbeeld van een gebrekkige consulteerbaarheid is het geval waarbij een locatie werd betreden langs een route waarop geen enkel waarschuwings- of verbodsbord is geplaatst, zelfs al waren wel borden geplaatst langs andere routes<sup>206</sup>.

---

<sup>202</sup> Men dient zich er in deze context voor te hoeden om gebruiken of gewoontes uit de ene sector zonder voorbehoud te transponeren naar een andere sector, aangezien dit gebruik of deze gewoonte niet noodzakelijk geldt voor de sector in kwestie (cf. Luik 11 maart 1981, *JL* 1982, 2, noot M. DOUTREWE).

<sup>203</sup> F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, Parijs, LGDJ, 1994, 235-241, nr. 381-384; 330, nr. 534 *et seq.*

<sup>204</sup> Antwerpen 28 maart 2000, *ETL* 2000, 697 (geen gebruik); Kh. Brussel 22 mei 1930, *JCB* 1930, 282. Bij gebrek aan gebruik kan men nog trachten om een vaak voorkomende mededelingswijze te hanteren als basis voor een feitelijk vermoeden: Luik 21 december 1960, *Pas.* 1961, II, 228 (geen feitelijk vermoeden); F. LAURENT, t. 27, 166-168, nr. 145.

<sup>205</sup> Cass. 9 december 1999, *Arr. Cass.* 1999, 1601; Frankrijk: D. MAINGUY, “Fasc. 60: conditions générales de Vente et contrats-types”, *JurisClasseur Contrats – Distribution*, nr. 35-38.

<sup>206</sup> Gent 17 december 1997, *TBBR* 1999, 524 (“De voorgelegde stukken bewijzen geenszins dat de geïntimeerde verbodstekens of verbodsmeldingen moet gezien hebben vooraleer de stallen te betreden.

**54. Weerslag van een onvolledige mededeling op de consulteerbaarheid van het aanbod: verwijzingen.** De veiligste manier om te garanderen dat de bestemming op de hoogte is van het volledige aanbod is de integrale mededeling van dit aanbod aan de bestemming. Het is alleszins uitgesloten dat een aanvaarding zich zou uitstrekken tot bedingen waarvan de aanvaardende partij niet kon weten dat zij deel uitmaakten van het aanbod<sup>207</sup>. In de praktijk blijken sommige overeenkomsten wel te worden gesloten zonder overhandiging of zelfs maar terbeschikkingstelling van de contractvoorwaarden aan de medecontractant.

Het aanbod kan enerzijds *een loutere vermelding*<sup>208</sup> bevatten dat de overeenkomst onderworpen is aan de algemene voorwaarden van de aanbieder. Aan deze verwijzing kan worden toegevoegd dat de voorwaarden op aanvraag, via consultatie van het Belgisch Staatsblad of op de hoofdzetel beschikbaar zijn. De meerderheid van rechtspraak en rechtsleer beschouwt dergelijke verwijzingen als dusdanig *niet* als een redelijke mogelijkheid tot kennisname<sup>209</sup>. Deze strekking is ingegeven vanuit de bezorgdheid dat de bestemming in werkelijkheid niet in staat zal zijn om kennis te nemen van de algemene voorwaarden die via loutere verwijzing worden geïncorporeerd in de overeenkomst. Dit uitgangspunt strookt met de contractuele realiteit indien de algemene voorwaarden niet rechtstreeks consulteerbaar zijn vóór de contractsluiting. Het speculeren van de aanbieder op de dringende aard van de contractsluiting door de bestemming van het aanbod voor het blok te zetten mag bijgevolg niet worden beloond. De bestemming van het aanbod zal deze voorwaarden namelijk zelden effectief consulteren vanwege de snelheid waarmee vele overeenkomsten worden gesloten en de ongemakken die gepaard gaan met de opschorting van de contractsluiting om zich naar een andere locatie te begeven om daar de voorwaarden in te kijken. Het vlotte verloop van het handelsverkeer vereist namelijk dat overeenkomsten zonder al te veel omwegen tot stand komen. Men dient bij de beoordeling van het redelijke karakter van de kennisname dan ook rekening te houden met het feit dat de verwijzing naar elders beschikbare algemene voorwaarden neerkomt op een louter theoretische mogelijkheid tot kennisname wanneer dit de bestemming van het aanbod noodzaakt om tijdrovende opzoeken te doen.

Van de bezoeker van een terrein die wordt geconfronteerd met een bord met verwijzing naar algemene voorwaarden kan men bijvoorbeeld moeilijk verwachten dat hij deze voorwaarden gaat consulteren alvorens het terrein te betreden. Zo werd door een Nederlandse rechter beslist dat de plaatsing van een

---

Het is mogelijk en zelfs waarschijnlijk, dat zij, langs de door haar gevolgde weg – die misschien niet de meest voor de hand liggende weg was, maar ook geen door uitwendige tekenen verboden weg – geen enkel verbodsteken heeft kunnen opmerken. De eerste rechter heeft dan ook terecht geoordeeld dat de appellante niet nuttig kan steunen op een exoneratiebeding”).

<sup>207</sup> Zie *supra* randnr. 51 en F. LABARTHE, 298-300, nr. 491-492.

<sup>208</sup> Deze vermelding dient uiteraard zelf te voldoen aan de vereisten van een redelijke mogelijkheid tot kennisname. Zij dient bijvoorbeeld zelf voldoende leesbaar te zijn: F. LABARTHE, 297, nr. 489.

<sup>209</sup> Zie de rechtspraak aangehaald door K. VANDERCHOT, (1) 5, nr. 14. Een oudere strekking legt daarentegen een zorgvuldigheidsplicht op de schouders van de bestemming die ertoe leidt dat hij verplicht is om zelf te informeren naar de inhoud van de overeenkomst (Rb. Luik 23 januari 1956, *JT* 1956, 461; J. LEHRER, “Des clauses d’irresponsabilité”, *RGAR* 1962, 6800-5). Vgl. met art. 6:234 van het Nederlandse BW.



bord, zowel aan de ingang van de fietsenstalling als verder op het terrein, met verwijzing naar algemene voorwaarden niet voldoet aan de kennisgevingplicht in de zin van artikel 6:233, tweede lid NBW<sup>210</sup>.

De stelling dat een verwijzing in beginsel geen redelijke mogelijkheid tot kennisname biedt is minder realistisch indien de contractsluiting gebeurt via elektronische communicatiemiddelen, zoals de vermelding van algemene voorwaarden via een internetlink. De bestemming is immers perfect in staat om een internetlink te consulteren door deze aan te klikken. Hij kan zich daarom bezwaarlijk beroepen op een gebrek aan redelijke mogelijkheid tot kennisname. De aanbieder moet hierbij wel zijn intentie communiceren om de inhoud van deze link te contractualiseren (met andere woorden: duidelijk maken dat de inhoud van de internetlink deel uitmaakt van het aanbod en dat de aanvaarding zich ook tot deze elementen dient uit te strekken). Deze vaststelling is problematisch voor e-maildisclaimers die uitsluitend worden aangekondigd in de vorm van een niet-descriptieve internetlink<sup>211</sup>. Zij zijn pas consulteerbaar nadat de lezer gebruik maakt van de link. De ontvanger van een bericht zal de loutere aanwezigheid van een internetlink (of bv. de combinatie van de vermelding “Disclaimer:” en een internetlink die de lezer doorverwijst naar de disclaimer) echter zelden associëren met een aanbod tot contractsluiting. De opsteller van de disclaimer zal zijn intentie tot contractsluiting daarom reeds in de e-mail zelf moeten verduidelijken.

Voorwaarden waarnaar wordt verwezen moeten hoe dan ook daadwerkelijk (doch redelijkerwijze) vatbaar zijn voor kennisname. Dit is niet het geval indien wordt doorverwezen naar affiches met bijkomende voorwaarden die niet zijn aangebracht op de aangekondigde locatie<sup>212</sup>. Het gevaar van dergelijke doodlopende verwijzingen rijst vooral bij elektronische omgevingen die de gebruiker doorverwijzen naar andere internetpagina's of elektronische bestanden voor de kennisname van de bijkomende contractvoorwaarden. Zij kunnen immers te kampen hebben met technische problemen op het moment van de contractsluiting. Het gebruik van de *click wrap* reduceert dit gevaar omdat zij de gebruiker pas toegang biedt tot het product of de dienst voor zover deze uitdrukkelijk erkent op de hoogte te zijn van alle toepasselijke voorwaarden en daarmee te hebben ingestemd (*infra* randnr. 59).

**Bewijs van de inhoud van het aanbod op het ogenblik van de contractsluiting.** De mededeling van algemene voorwaarden via internetlinks kampt met specifieke risico's op het vlak van de bewijsvoering. Er kan namelijk betwisting ontstaan over de beschikbaarheid van de internetlink of over de versie van de algemene voorwaarden op het moment van de contractsluiting. Dit wordt

---

<sup>210</sup> Kantongerecht Maastricht 27 augustus 1997, *TvC* 1998, 41, noot G.J. RIJKEN (het vonnis vermeldt de boodschap van het bord niet uitdrukkelijk, maar volgens de annotator impliceren de feiten dat het bord slechts een verwijzing naar de algemene voorwaarden bevatte).

<sup>211</sup> Dit is aan te raden om een opeenhoping van tekst te vermijden die niets te maken heeft met de eigenlijke e-mailconversatie. De ontvanger kan dan doorklikken naar een webpagina waarop de eigenlijke disclaimer te lezen is.

<sup>212</sup> Luik 12 april 1995, *RGAR* 1997, 12737; vgl. met de verzending van een fax waarbij de standaardvoorwaarden op de achterkant zijn opgenomen en daardoor wegvallen bij de verzending: Brussel 12 september 1997, *JLMB* 1999, 362.

geremedieerd door de bestemming van het aanbod uitdrukkelijk een optie te bieden om de inhoud van de voorwaarden te downloaden of door een bevestigingsemail te verzenden die de algemene voorwaarden herneemt met een contractueel bedongen termijn waarin moet worden geprotesteerd tegen eventuele betwistingen over de inhoud van deze voorwaarden. Bij het gebruik van borden of affiches moet het bewijs worden geleverd dat het bord of de affiche in kwestie duidelijk was geplaatst op het moment van de feiten<sup>213</sup>. Dit kan onder meer gebeuren door foto's en getuigenissen.

Anderzijds bevat de voorgestelde overeenkomst soms *niet eens een verwijzing* naar bijkomende contractvoorwaarden. Een uitdrukkelijke verwijzing vermijdt elke onduidelijkheid over de reële inhoud van het aanbod. Er werd echter reeds vastgesteld dat de mededeling van het aanbod vatbaar is voor gesplitste mededeling. De individuele bestanddelen hoeven dan ook geen uitdrukkelijke verwijzing naar elkaar te bevatten zolang duidelijk is wat de onderdelen van het globale aanbod zijn. Wanneer men een bord met exoneratiebeding plaatst op de locatie waar men de overeenkomst aangaat, dan kan men bijvoorbeeld redelijkerwijze verwachten dat dit exoneratiebeding bestemd is om tot de overeenkomst te behoren en dus deel uitmaakt van het globale aanbod. Het aanbod zelf is door deze mededelingswijze integraal consulteerbaar. Niet zozeer de verwijzing als dusdanig, maar wel de redelijke mogelijkheid tot kennisneming en de duidelijkheid over de elementen van het aanbod zijn bijgevolg van belang. De aanvaarding van het aanbod kan daarentegen geen betrekking hebben op bijkomende voorwaarden waarvan niet duidelijk is dat zij deel uitmaken van dit aanbod. Zelfs indien de medecontractant op de hoogte is van de algemene voorwaarden die de aanbieder normaal hanteert, kan bij gebrek aan duidelijke link -die bijvoorbeeld tot stand wordt gebracht via een uitdrukkelijke verwijzing- tussen deze voorwaarden en het specifieke aanbod niet zonder meer worden gesteld dat zij deel uitmaken van dit aanbod (*cf. supra* randnr. 51 en *infra* randnr. 55).

**55. Uitzondering op de principiële mededelingsplicht van de inhoud van het (volledige) aanbod: reeds in het verleden meegedeelde bedingen.** De efficiëntie van het rechtsverkeer vereist dat partijen die regelmatig overeenkomsten met elkaar sluiten dit op een zo vlot mogelijke wijze en dus zonder onnodige formaliteiten kunnen doen. Het is in dat opzicht minder efficiënt voor de aanbieder om standaardvoorwaarden, die bestemd zijn om te worden opgenomen in elke overeenkomst tussen de betrokkenen, integraal te blijven meedelen naar aanleiding van elke individuele contractsluiting. De partijen kunnen deze bedingen het statuut van kaderovereenkomst toekennen (*supra* randnr. 48). Het loutere feit dat bepaalde bedingen vaak worden gebruikt in een bepaalde contractuele relatie betekent echter niet dat deze bedingen dit statuut genieten (*infra* randnr. 79).

De aanbieder kan bij gebrek aan wilsovereenstemming in die zin wel de *de facto* kennis van zijn standaardvoorwaarden in hoofde van de bestemming trachten aan te tonen door het bestaan van vroegere handelsbetrekkingen naar aanleiding waarvan zij

---

<sup>213</sup> Brussel 20 november 1964, *Pas.* 1965, II, 257; Kh. Antwerpen 25 juni 1992, *ETL* 1994, 108; Pol. Antwerpen 17 juni 2005, *ETL* 2006, 109.

reeds werden meegedeeld<sup>214</sup>. De vroegere contacten maken het minder aannemelijk dat de bestemming geen kennis heeft van deze bedingen. Een deel van de rechtspraak weigert de kennis van de algemene voorwaarden af te leiden uit vroegere handelsrelaties<sup>215</sup>. Ook al is het te verregaand om het bestaan van de vooraf bestaande kennis categoriek uit te sluiten, dient men daar evenmin automatisch van uit te gaan. Alles hangt af van de concrete omstandigheden. Men kan namelijk, in gevallen waarbij de contractsluiting snel moet gebeuren, moeilijk verwachten dat partijen (behoudens bv. bij langdurige handelsrelaties of algemene voorwaarden die gebruikelijk zijn in de sector) in staat zijn om vroegere contractvoorwaarden tot in detail uit het hoofd te kennen, ook al heeft men er ooit kennis van genomen. Men zou daarentegen wel kunnen verwachten dat een handelaar die de tijd en de materiële mogelijkheid heeft om vroegere contractvoorwaarden op te zoeken daar effectief toe overgaat indien hij weet of behoort te weten dat deze contractvoorwaarden relevant zijn voor de latere handelsbetrekkingen.

De vooraf bestaande kennis van de algemene voorwaarden in hoofde van de bestemming ontslaat de aanbieder niet van zijn verplichting om duidelijk te maken dat de in het verleden meegedeelde (en vermoedelijk toentertijd aanvaarde) bedingen óók bestemd zijn om geïncorporeerd te worden in de huidige voorgestelde overeenkomst<sup>216</sup> (*infra* randnr. 79). Het bewijs van de kennis van de standaardvoorwaarden op basis van vroegere handelsrelaties impliceert bovendien dat de voorwaarden in kwestie daadwerkelijk werden meegedeeld of redelijkerwijze kenbaar waren in het verleden. Dit is niet het geval indien deze voorwaarden wijzigingen ondergingen in de tussentijd<sup>217</sup>.

### 2.3.3 Zichtbaarheid

**56.** Hierboven werd vastgesteld dat de aanbieder een redelijke mogelijkheid tot kennisname moet bieden van het bestaan en de inhoud van zijn aanbod. Een theoretische mogelijkheid tot kennisname volstaat daarbij niet: hij moet de aandacht van de bestemming grijpen en vestigen op zijn aanbod. Het aanbod moet worden meegedeeld op een manier die het onder de aandacht brengt van een normaal zorgvuldig persoon<sup>218</sup>. Dit betekent dat de *plaats* van de mededeling en de

---

<sup>214</sup> Rb. Neufchâteau 11 februari 1981, *JT* 1981, 384; Kh. Hasselt 8 mei 2007, *RW* 2007-08, 1047.

<sup>215</sup> Antwerpen 23 september 1987, *Eur. Vervoerr.* 1990, 315. Zie tevens de rechtpraak aangehaald bij K. VANDERSCHOT, (1) 6-7. Kritisch: R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, “Verbintenissen. Overzicht van rechtspraak 1981-1992”, *TPR* 1994, (171) 275, nr. 70.

<sup>216</sup> Brussel 23 november 2001, *DAOR* 2002, 244 (het loutere feit dat partijen bepaalde algemene voorwaarden in vroegere contracten hebben opgenomen, schept nog niet het vermoeden dat zij diezelfde voorwaarden ook in een later contract wilden opnemen).

<sup>217</sup> Brussel 23 november 2001, *DAOR* 2002, 244 (een partij kan niet beweren dat haar medecontractant geacht wordt haar nieuwe voorwaarden te kennen en te aanvaarden op grond van een vroegere samenwerking die werd beheerst door andere contractuele voorwaarden).

<sup>218</sup> Brussel 7 maart 1996, *RGAR* 1997, nr. 12871-2; Gent 16 juni 1956, *RW* 1956-57, 1648, adv. O.M.; vgl. Kh. Namen 20 augustus 1964, *JL* 1964-65, 189. Vgl. Brussel 27 juni 1994, *JLMB* 1995, 394 (“qu’il s’agit d’une communication faite clairement [...]. Qu’ainsi, l’attention de l’intimée a été spécialement attirée [...]).

*typografie*<sup>219</sup> ervan voldoende duidelijk moeten zijn<sup>220</sup> om minstens een legitieme schijn van kennisname te rechtvaardigen. De precieze invulling van de zichtbaarheidsvereiste moet geval per geval worden beoordeeld<sup>221</sup>. Zo mogen strengere eisen worden gesteld aan de zichtbaarheid van voorgestelde wijzigingen van een reeds bestaande overeenkomst. De aanbieder moet actief een reactie trachten uit te lokken bij zijn medecontractant. Hij dient zelf redelijke inspanningen te leveren om duidelijk te maken dat hij een wijziging van de overeenkomst wenst en waarin deze dan wel bestaat. Het volstaat daarbij niet om de bestaande overeenkomst te hernemen en er her en der een aantal wijzigingen in te verbergen. De aanbieder moet integendeel zijn voorgestelde wijzigingen duidelijk aangeven (bv. via de toevoeging van een nieuwe hoofding, via een aangepaste typografie of via de functie ‘track changes’ van tekstverwerkers) zonder dat de bestemming hoeft over te gaan tot een al te gedetailleerde verificatie van de inhoud van het document<sup>222</sup>. Deze laatste mag er immers legitiem van uitgaan dat de medecontractant, behoudens duidelijk andersluidend bericht, genoegzaam neemt met de inhoud van de gesloten overeenkomst. De goede trouw bij de uitvoering van de overeenkomst kan zelfs een informatieplicht impliceren waarbij de partij die de wijzigingen voorstelt hierover de nodige toelichting moet bieden aan de medecontractant<sup>223</sup>.

De zichtbaarheidsvereiste is zowel problematisch voor *e-maildisclaimers*, de *shrinkwrap* en *browsewrap* technieken bij *eula*’s en borden of stempels.

### 2.3.3.1 E-maildisclaimer

---

<sup>219</sup> Brussel 9 mei 1990, *JLMB* 1990, 1490; Brussel 24 april 1980, *Pas.* 1980, II, 87; Brussel 20 november 1964, *Pas.* 1965, II, 257; Kh. Hasselt 2 oktober 2007, *RW* 2008-09, 548; Kh. Mechelen 25 juni 1999, *TBBR* 1999, 589; Kh. Brussel 16 september 1987, *T. Verz.* 1989, 488, noot F. MELIS; Kh. Antwerpen 7 december 1976, *RW* 1976-77, 1657; Voorz. Kh. Brugge 23 februari 2006, *TVR* 2006, 204; Vred. Aarlen 14 oktober 1977, *JL* 1977-78, 192.

<sup>220</sup> Brussel 8 februari 1991, *JT* 1991, 565 (bedingen in kleine lettertjes gedrukt op de rugzijde van een offerte zonder verwijzing aan voorzijde zijn niet bindend voor een niet-handelaar); Kh. Brussel 11 januari 2008, *DAOR* 2008, 109, noot G.L. BALLON; Kh. Brussel 15 december 2006, *TBBR* 2007, 641; Kh. Mechelen 25 juni 1999, *TBBR* 1999, 589; Kh. Brussel 21 mei 1970, *JT* 1970, 499; Kh. Gent 3 augustus 1968, *BRH* 1968, I, 698; Kh. Luik 25 januari 1966, *JL* 1965-66, 182; Kh. Antwerpen 27 mei 1964, *RW* 1965-66, 638, noot; Kh. Brussel 14 juni 1947, *TBH* 1949, 28; Kh. Brussel 22 mei 1930, *JCB* 1930, 282; Rb. Luik 1 oktober 2008, *TBH* 2009, 610 (onverwachte plaats); Vred. Elsene 10 maart 2005, *TBH* 2005, 487; Vred. Gent (VIII) 30 december 1996, *Jaarboek Kredietrecht* 1996, 201, noot (algemene voorwaarden op de achterzijde waarvan de kennisname een “abnormaal ernstige leesinspanning” vereist, zijn niet tegenwerpelijk aan een consument); vgl. Brussel 16 mei 2006, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 2006, 132 (i.v.m. misleidende reclame); A. CLOQUET, *La facture*, 197-199, nrs. 507-513. Frankrijk: F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, Parijs, LGDJ, 1994, 17-21, nr. 18-24.

<sup>221</sup> Zo stelt rechtspraak zich vrij soepel op ten aanzien van algemene voorwaarden die op de achterzijde van een factuur voorkomen zonder dat de voorkant ernaar verwijst. Dit belet de stilzwijgende aanvaarding van deze voorwaarden niet: Kh. Tongeren 11 januari 2008, *RABG* 2008, 947.

<sup>222</sup> Zie bv. Vred. Moeskroen 16 november 1998, *T. Vred.* 1999, 454 (de verzekeraar moet de bijzondere aandacht van de verzekerde vestigen op de wijzigingen die hij wenst in te voeren en zich niet beperken tot het meedelen van een uitvoerige tekst van 376 bladzijden met 81 artikels zonder enige commentaar).

<sup>223</sup> Vred. Moeskroen 16 november 1998, *T. Vred.* 1999, 454.

**57. Plaatsing onderaan het bericht.** De meeste disclaimers worden aan het einde van de e-mail opgenomen als een aanhangsel bij de eigenlijke boodschap<sup>224</sup>. Biedt de plaatsing van een disclaimer onderaan het bericht een redelijke mogelijkheid tot kennisname? Het probleem hierbij is dat de aandacht van de ontvanger van een e-mail zelden uitgaat naar een disclaimer onderaan het eigenlijke bericht, wat onder meer te wijten is aan het ondoordachte gebruik van standaarddisclaimers. De keuze voor deze locatie kan daarom beschouwd worden als een onduidelijke communicatiewijze voor de mededeling van een aanbod. De aanbieder *in spe* dient zijn bedoeling tot contractsluiting daarom zeer duidelijk te maken, bijvoorbeeld door zijn bedoeling tot contractsluiting aan te kondigen bij de aanvang van het eigenlijke bericht.

Voor handelaars wordt gesteld dat zij onderworpen zijn aan een meer verregaande, doch niet absolute, inspectieplicht. Hierdoor zouden zij zich bijvoorbeeld in beginsel niet kunnen beroepen op een gebrek aan verwijzing vooraan op het document naar bepalingen die achteraan het document werden opgenomen<sup>225</sup>. In het verlengde van deze visie kan men stellen dat het opmerken van een disclaimer onderaan het bericht behoort tot de normale inspectieplicht van de handelaar ten aanzien van zijn correspondentie. De aanwezigheid van de disclaimer is hierdoor op geen enkele manier verborgen aangezien zelfs een oppervlakkige inspectie zal wijzen op het bestaan van de disclaimer, weliswaar pas nadat de lezer reeds kennis heeft genomen van de inhoud van het bericht. Dit is bovendien de gebruikelijke locatie om een disclaimer op te nemen, zodat men deze plaatsing niet kan beschouwen als bijzonder verassend. Het gebrek aan bindende kracht zal bijgevolg eerder te verklaren zijn uit het gebrek aan ernstig, vast of precies aanbod in de disclaimer of uit de weerlegging van het feitelijke vermoeden dat een gebrek aan tijdig protest tegen een duidelijke disclaimer moet worden uitgelegd als de aanvaarding ervan.

De plaatsing achteraan maakt het moeilijker om hard te maken dat de e-maildisclaimer heeft geleid tot een overeenkomst. Vele disclaimers trachten namelijk om de aanvaarding van het aanbod af te leiden uit de lezing van het bericht. De ontvanger wordt echter pas op de hoogte gebracht van het “aanbod” om de e-mail te lezen mits naleving van allerlei verplichtingen *nadat* hij de handeling heeft gesteld waaruit de aanvaarding wordt afgeleid. Een aanbod waarover men niet eerst werd ingelicht, kan men onmogelijk reeds aanvaard hebben. Bij gebrek aan een geïnformeerde wilsovereenstemming komt de beoogde overeenkomst niet tot stand. Dit is in principe het geval ongeacht vroegere correspondentie tussen de verzender en de ontvanger. De ontvanger kan daar immers niet uit afleiden dat ook toekomstige berichten vertrouwelijke informatie met begeleidende disclaimer zullen bevatten en evenmin dat de disclaimer het statuut zou hebben van een kaderbeding (vaak beperkt

---

<sup>224</sup> J. KRAUSE, “Guarding the Cyberfort: Careless Internet Habits Can Open Your Firm to Malpractice”, *Arkansas Lawyer* 2004, (25) 29 (39-SPG Ark. Law. 24). De verklaring hiervoor is dat disclaimers meestal worden toegevoegd in de vorm van een automatische handtekening. Deze functie werd ontwikkeld als instrument voor de verzender om zijn contactgegevens automatisch te laten verschijnen aan het einde van het bericht. Disclaimers worden gemakshalve automatisch toegevoegd via dezelfde functie, zodat ook zij aan het einde van het bericht terechtkomen. Zie J. COLBURN, “Don’t read this if it’s not for you: the legal inadequacies of modern approaches to e-mail privacy”, *Minnesota Law Review* 2006, (241) 256 (91 MINN L REV 241).

<sup>225</sup> E. DIRIX en G.L. BALLON, *De factuur*, 132, nr. 236.

de disclaimer het aanbod overigens uitdrukkelijk tot het ontvangen bericht in kwestie: “by reading *this* e-mail, you agree not to [...]”).

Bij een disclaimer die onderaan het bericht wordt geplaatst, kan men de aanvaarding dan ook alleen afleiden uit een omstandig stilzwijgen na de mededeling (omdat men bv. gehouden is aan een protestplicht) van het aanbod. Het is echter niet meer in het belang van de bestemming om dan nog in te stemmen met het “aanbod”<sup>226</sup>. Hij heeft het beweerde contractoordeel immers legitiem in ontvangst genomen voordat hij zelfs maar wist dat hem een aanbod werd gedaan.

**58. Plaatsing vooraan het bericht.** De voor de hand liggende reactie op het gevaar dat een disclaimer onderaan het bericht onvoldoende opvalt voor de gemiddelde lezer bestaat in het vooraan plaatsen van de disclaimer. De lezer wordt dan vooraf gewezen op het feit dat de verzender bepaalde verwachtingen koestert. Deze verplaatsing laat op het eerste gezicht een geïnformeerde keuze door de ontvanger toe. De ontvanger wordt immers vooraf op de hoogte gebracht dat de verzender hem twee mogelijkheden biedt. Hij mag enerzijds doorgaan met lezen en kennis nemen van het eigenlijke bericht. De verzender deelt mee dat hij dit opvat als een stilzwijgende aanvaarding. Anderzijds heeft hij de mogelijkheid om het aan hem gerichte aanbod af te wijzen. Die weigering brengt, opnieuw in de ogen van de verzender, de verplichting met zich mee om af te zien van elke kennisname van het eigenlijke bericht. Maakt deze ingreep de disclaimer afdwingbaar? Het bovenaan plaatsen maakt het alvast minder vanzelfsprekend voor de ontvanger om te beweren dat hij niet (tijdig) op de hoogte was van de disclaimer. Dit komt tegemoet aan de vereiste van een redelijke mogelijkheid tot kennisname, maar vertaalt zich niet *ipso facto* in een aanvaarding (*infra* randnr. 75).

De meest zichtbare methode bestaat erin om in het tekstgedeelte van de e-mail uitsluitend de disclaimer op te nemen en om de inhoud van het eigenlijke bericht in bijlage te plaatsen<sup>227</sup>. Dit bestand kan pas worden geopend nadat het tekstgedeelte van de e-mail is verschenen, hetgeen kennisname van de disclaimer zeer waarschijnlijk maakt. Deze ingreep garandeert nog steeds niet dat de ontvanger bereid zal zijn om in te stemmen met de disclaimer, maar hij draagt wel bij tot de effectiviteit van de signaalfunctie (zie *supra* randnr. 20).

### 2.3.3.2 Eula

**59.** Eula's kunnen op verschillende wijzen worden gepresenteerd aan de eindgebruiker, meer bepaald in de vorm van een *shrinkwrap*, *browsewrap* of *clickwrap* licentie. De *shrinkwrap*<sup>228</sup> overeenkomst is een techniek waarbij de

<sup>226</sup> Vgl. Lyon 12 juni 1950, *D* 1951, 2 (het Franse hof oordeelde dat de hotelgast een geafficheerd exoneratiebeding niet had aanvaard omdat niet werd bewezen dat hij hiervan kennis had voordat de diefstal plaatsvond).

<sup>227</sup> Zie S. TALTON, “Mapping the Information Superhighway: Electronic Mail and the Inadvertent Disclosure of Confidential Information”, *Review of Litigation* 2000, (271) 304 (20 Rev. Litig. 271).

<sup>228</sup> Deze benaming heeft betrekking op het plastic materiaal dat wordt gebruikt voor de verpakking van software en andere producten. Zie over deze overeenkomsten naar Amerikaans recht onder meer L. DI

verkoper de aanvaarding van algemene voorwaarden tracht af te leiden uit het scheuren van de verpakking waarin het product werd verkocht.

**Voorbeeld:** “By opening the packaging on this box you agree to the terms and conditions of the license”.

Het bezwaar tegen deze methode is dat de aanvaarding wordt afgeleid uit een handeling die wordt gesteld voordat de koper kennis kan nemen van de voorwaarden in kwestie. De afdwingbaarheid van dergelijke overeenkomsten is daardoor twijfelachtig. Dit wordt opgelost door reeds op de verpakking van het softwarepakket een waarschuwing te plaatsen die stelt dat de installatie van de software gepaard gaat met een licentieovereenkomst, met bedenktijd voor de partijen die niet instemmen met de voorwaarden in kwestie. De eigenlijke voorwaarden bevinden zich vervolgens in de doos of verschijnen in elektronisch formaat bij de installatie van de software. Een alternatief is om de algemene voorwaarden rechtstreeks op de *shrinkwrap* zelf te plaatsen (of om ze op de buitenkant van de verpakking af te drukken in combinatie met een doorzichtige *shrinkwrap*). Deze technieken maken het waarschijnlijker dat de verkoper zich op een legitieme schijn van aanvaarding van kennisname en aanvaarding kan beroepen ten aanzien van personen die de software installeren.

Bij de *browsewrap* overeenkomst wordt de deelnemer aan een online transactie op de hoogte gebracht van deze voorwaarden, hetzij rechtstreeks via tekst op de bezochte pagina, hetzij via een hyperlink naar tekst op een andere pagina, hetzij via een *pop-up window* waarin de tekst verschijnt. De effectiviteit van deze techniek is eveneens twijfelachtig omdat de gemiddelde medecontractant weinig aandacht zal schenken aan deze verwittigingen en geen tastbaar bewijs achterblijft van het feit van de kennisname en de inhoud van de voorwaarden. Dit wordt geremedieerd door de medecontractant een mogelijkheid tot downloaden van de voorwaarden te bieden of door de voorwaarden achteraf per e-mail op te sturen met een termijn waarbinnen kan worden geprotesteerd tegen de voorwaarden. Bovendien moet de verkoper duidelijk maken dat de tekst die verschijnt of consulteerbaar is via hyperlink of *pop-up window* integraal deel uitmaakt van de te sluiten overeenkomst.

Dat de effectiviteit van de browsewrap techniek twijfelachtig is, betekent niet dat zij de contractsluiting onmogelijk maakt. Het aanbod moet wel zodanig duidelijk worden gepresenteerd dat de bestemming van het aanbod er redelijkerwijze kennis van zou nemen. Dit is niet het geval indien de aandacht van de bestemming vooral wordt getrokken door de aanprijzing van het product en de mogelijkheid om het te downloaden in plaats van te worden gevestigd op de gebruiksvoorwaarden<sup>229</sup>. Dit is evenmin het geval wanneer de contractvoorwaarden werden opgenomen onder de hoofding “onze garanties” en de gebruiker de procedure voor de contractsluiting kan doorlopen zonder noodzakelijkerwijze te worden geconfronteerd met het bestaan van deze contractvoorwaarden<sup>230</sup>.

---

MATTEO, *Law of International Contracting*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, 439-443.

<sup>229</sup> Cf. de Amerikaanse zaak *Specht v. Netscape* (US Court of Appeals (Second Circuit) 1 oktober 2002, *Specht v. Netscape Communications Corporation*, 306 F.3d 17, 30-33).

<sup>230</sup> Rb. Luik 1 oktober 2008, *TBH* 2009, 610.

De *clickwrap* techniek is de meest betrouwbare manier om de mededeling en aanvaarding van algemene voorwaarden aan te tonen bij de verkoop van digitale goederen of diensten. Hierbij krijgt de gebruiker pas toegang tot de software indien hij uitdrukkelijk bevestigt kennis te hebben genomen van de voorwaarden en deze te hebben aanvaard. Dit impliceert dat de koper bij de fysieke verkoop van software nog steeds dient te worden gewaarschuwd van bijkomende voorwaarden, zoniet worden deze achteraf aan hem opgedrongen en kan hij niet gehouden zijn om deze te aanvaarden (*supra* randnr. 44).

### 2.3.3.3 Bord, affiche of stempel

**60.** De kennisgeving van een aanbod via een *bord* of *affiche*<sup>231</sup> vereist eveneens dat het aanbod voldoende duidelijk is<sup>232</sup>. Dit betekent dat het bord de aandacht moet trekken en dat de contractuele ambitie ervan kenbaar moet zijn. De loutere plaatsing van een bord toont niet aan dat de bestemming van het aanbod er kennis van nam<sup>233</sup> of er redelijkerwijze kennis van diende nemen<sup>234</sup>. Het bord moet enerzijds geplaatst zijn op een goed zichtbare plaats<sup>235</sup>. Anderzijds moet de inhoud van het bord op een voldoende leesbare wijze worden gepresenteerd<sup>236</sup>. Dit betekent dat de bestemming van het bord ook niet mag worden verdrongen in een opsomming van lange stukken tekst, zeker niet indien hij niet over de nodige tijd beschikt om het aanbod tot in detail te bestuderen<sup>237</sup>. De concrete omstandigheden moeten het kortom aannemelijk maken dat een normaal zorgvuldige persoon effectief kennis zou nemen van het bord.

Een bord is onvoldoende zichtbaar indien het wordt geplaatst aan de rechterkant van de autobestuurder, terwijl de aandacht van deze bestuurders zou uitgaan naar het manoeuvreren van hun voertuig (“la manoeuvre de glissement dans le rail”) en naar hun linkerkant omdat daar de instructies en prijzen van

<sup>231</sup> Zie voor een overzicht van de Franse rechtspraak hieromtrent: A. LAUDE, 111-112, nr. 155-156.

<sup>232</sup> Kh. Namen 20 augustus 1964, *JL* 1964-65, 189 (“qu’il n’est pas établi que les conditions générales étaient affichées à un endroit où le public pouvait les lire aisément; qu’il faut noter qu’il s’agit de caractères plutôt petits n’attirant pas l’attention”); Vred. Aarlen 7 november 1986, *Verkeersrecht* 1987, 298 (“affiches parfaitement visibles”); Vred. Brussel 8 oktober 1971, *RGAR* 1973, nr. 9050; Vred. Antwerpen 13 januari 1971, *RGAR* 1973, nr. 9051. Zie tevens Vred. Sint-Niklaas 18 december 1985, *JL* 1986, 91. Vgl. Rb. Leuven 9 februari 1979, *RW* 1979-80, 1551 (het uithangen van een eenvoudige plaat is onvoldoende daar ze aan de aandacht van de cliënteel kan ontsnappen en niet steeds in overweging wordt genomen door de cliënteel bij het betreden van het parkeerterrein).

<sup>233</sup> Gent 16 maart 2001, *De Verz.* 2002, 254, noot H. ULRICHTS; Vred. Gent (VII) 15 april 1991, *T. Vred.* 1992, 139; Vred. Luik (II) 4 juli 1957, *JL* 1957-58, 127.

<sup>234</sup> Cf. Rb. Leuven 9 februari 1979, *RW* 1979-80, 1551.

<sup>235</sup> Antwerpen 5 februari 1980, *RW* 1980-81, 1785; Kh. Namen 20 augustus 1964, *JL* 1964-65, 189; Kh. Luik 6 april 1922, *JL* 1922, 221; Pol. Gent 22 december 2003, *RW* 2005-06, 1433; Vred. Aarlen 7 november 1986, *VKJ-DCJ* 1987, 175; Vred. Brussel 8 oktober 1971, *RGAR* 1973, 9050; Vred. Antwerpen 13 januari 1971, *RGAR* 1973, 9051 (aanplakbrief die zich ter hoogte van de geparkeerde wagen bevond met normale zichtbaarheid n.a.v. feiten op een zomerdag).

<sup>236</sup> Brussel 20 november 1964, *Pas.* 1965, II, 257; Luik 11 maart 1981, *JL* 1982, 2, noot M. DOUTREWE; Rb. Aarlen 3 oktober 1979, *JL* 1980, 172; Kh. 12 juni 1995, *TBH* 1995, 908; Kh. Namen 20 januari 1977, *RRD* 1976-77, 314; Kh. Namen 20 augustus 1964, *JL* 1964-65, 189; Vred. Aarlen 14 oktober 1977, *JL* 1977-78, 192 (“que le texte, même s’il est affiché [...] échappe en fait à l’attention du client tant il est rédigé longuement et en caractères d’imprimerie minuscules”).

<sup>237</sup> Cf. Kh. Namen 20 januari 1977, *RRD* 1976-77, 314 (“le tribunal estime que l’affichage à l’intérieur d’un magasin d’un texte imprimé en caractères plutôt petits et comprenant dix articles [...]).



de garagist geafficheerd staan (“instructions, prix, interdictions”). Bovendien was de tekst van dit bord weliswaar leesbaar, maar niet weergegeven in drukletters en kon er zonder behulp van een ander bord niet uit worden afgeleid voor welke voertuigen de toegang verboden was. Het hof van beroep te Brussel leidde uit dit feitenrelaas af dat: “telle qu’il est disposé et imprimé, le texte du panneau dont question n’est pas de nature à attirer l’attention d’un conducteur normal”<sup>238</sup>.

Men kan er evenmin van uitgaan dat een partij redelijkerwijze kennis kon nemen van een paneel indien de overeenkomst zeer snel wordt gesloten<sup>239</sup>, of indien het bord slechts gedurende een zeer korte tijd zichtbaar is.

Ook een *stempel* dient op een duidelijke plaats te zijn aangebracht. Dit impliceert in de praktijk dat minstens de voorpagina van het vertrouwelijke document en idealiter elke pagina van het document wordt bestempeld.

### 2.3.4 Verstaanbaarheid

**61.** Een redelijke mogelijkheid tot kennisname impliceert de communicatie van het aanbod in een voor de bestemming begrijpelijke vorm<sup>240</sup>. De verstaanbaarheid van het aanbod komt in het gedrang bij bedingen die opgesteld zijn in een *taal die de bestemming van het aanbod niet beheerst*<sup>241</sup>, wat onder meer het geval kan zijn bij disclaimers en eula’s. Soms wordt getild aan het feit dat (een deel van) het aanbod is opgesteld in een andere taal dan degene die de bestemming gelet op de omstandigheden kon verwachten<sup>242</sup>. Dit belet de contractsluiting niet indien vervolgens wordt vastgesteld dat de bestemming deze andere taal *in concreto* afdoende blijkt te beheersen. Daarentegen kan zelfs het gebruik van een taal die beide partijen behoorlijk machtig zijn, problematisch zijn wanneer het aanbod *in concreto* ondoorgrondbare afkortingen, zinsconstructies of termen blijkt te bevatten<sup>243</sup>. Deze vorm van onverstaanbaarheid is in beginsel nochtans uitsluitend een interpretatieprobleem waarbij alleen de betekenis van de gebruikte bewoordingen in

<sup>238</sup> Brussel 7 maart 1996, *RGAR* 1997, 12871.

<sup>239</sup> Vred. St.-Jans-Molenbeek 15 april 1986, *T. Vred.* 1987, 101 (contractsluiting bij een *carwash*).

<sup>240</sup> Dit betekent niet dat de bestemming in kwestie het aanbod effectief moet begrepen hebben (cf. Q. VAN ENIS, “L’opposabilité des conditions générales *off-line* et *on-line*: de la suite dans les idées?” in *Les conditions générales. Questions particulières*, (9) 13: “Sous peine de saper toute sécurité juridique, l’on estime généralement que la compréhension effective [...] n’est pas une condition de leur opposabilité”), maar wel dat dit het geval zou zijn voor een normaal zorgvuldige bestemming.

<sup>241</sup> M. BOSMANS, “Les conditions générales en matière contractuelle (1975 à 1979)”, *JT* 1981, (17) 19, nr. 8.

<sup>242</sup> Brussel 14 april 1965, *RW* 1964-65, 1982; Kh. Charleroi 5 december 1986, *RRD* 1987, 34 (andere taal dan die waarin de onderhandelingen verliepen); Kh. Verviers 8 maart 1984, *JL* 1984, 310 (de zakelijke relaties verliepen in het Duits, de algemene voorwaarden waren echter opgesteld in het Frans); Kh. Antwerpen 7 december 1976, *RW* 1976-77, 1657 (Engelstalig bevoegdheidsbeding in Franstalige offerte); Kh. Brussel 19 oktober 1961, *RW* 1961-62, 809; Kh. Brussel 16 maart 1908, *JCB* 1908, 357; Rb. Hasselt 14 mei 1969, *RW* 1969-70, 90; Vred. Sint-Gillis 26 juni 2000, *DCCR* 2001, 80; Vred. Namen (II) 21 april 1998, *T. Vred.* 1999, 380.

<sup>243</sup> Frankrijk: F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, Parijs, LGDJ, 1994, 21-24, nr. 25-27.

het geding is, maar niet het feit van de aanvaarding. De bestemming kan trachten aan te tonen dat hij de door de aanbieder gehanteerde interpretatie onmogelijk aanvaard kan hebben omdat zij niet redelijkerwijze af te leiden valt uit de gekozen bewoordingen, zonder dat de totstandkoming van de overeenkomst wordt betwist. De verstaanbaarheidsvereiste is tevens problematisch voor borden die hun boodschap uitsluitend mededelen via *symbolen*<sup>244</sup> (en bij analogie voor andere vormen van non-verbale communicatie). Uit een “verboden toegang” symbool kan men afleiden dat de eigenaar of uitbater van het terrein geen ongenodigde bezoekers wenst, maar men kan er bezwaarlijk een aanbod tot het aangaan van een exonerationbeding of een geheimhoudingsovereenkomst uit afleiden. De verstaanbaarheid van het aanbod blijft een feitenkwestie. Zo kan de aanbieder aantonen dat de inhoud van het aanbod werd toegelicht op het moment van de contractsluiting en daardoor *de facto* werd begrepen voor de bestemming.

De onverstaanbaarheid van de mededeling ontslaat de bestemming ervan niet van elke zorgvuldigheid. Hij mag geen handelingen stellen die een schijn van kennisname en geïnformeerde aanvaarding wekken. Een persoon die uitdrukkelijk en bewust instemt met een aanbod dat hij eigenlijk niet verstaat, dient de gevolgen daarvan te dragen<sup>245</sup>. Hij wordt geacht het aanbod te hebben begrepen. De bewijslast van het tegendeel rust op zijn schouders<sup>246</sup>. Men kan daarnaast in beginsel geen stilzwijgende aanvaarding afleiden uit het gebrek aan protest tegen een onverstaanbaar aanbod<sup>247</sup>. Deze conclusie is echter verre van een automatisme. Het vereist steeds een onderzoek van de concrete omstandigheden.

Zo is bepaalde rechtspraak bereid om een stilzwijgende aanvaarding af te leiden uit een gebrek aan tijdig protest tegen facturen, ook al gaat het om een Nederlandstalige factuur die gericht is aan een Franstalige medecontractant: “[...] wanneer [de partij] inderdaad uitsluitend Franstalig is, [is het aan haar] om gebeurlijk een vertaling van de algemene voorwaarden te vragen. Als handelaar kent ze de praktijk om met algemene voorwaarden te werken en weet ze ook wat het belang daarvan is. Indien ze deze voorwaarden dan niet zou begrijpen, is het aan haar om initiatief te nemen”<sup>248</sup>. Andere rechtspraak stelt dan weer dat de partij kennis moet hebben van de taal en vereist geen initiatief van de

<sup>244</sup> Cf. Vred. Sint-Niklaas 18 december 1985, *JL* 1986, 91 (pictogram zonder tekst).

<sup>245</sup> Rb. Luik 10 maart 1989, *JLMB* 1314 (de schuldenaar kan de geldigheid van de aangegane contractuele verbintenissen niet betwisten door, na de ondertekening van het contract, te verwijzen naar zijn gebrek aan kennis van de taal waarin de overeenkomst is gesteld); P. VAN OMMESELAGHE, *RCJB* 1986, (32) 142, nr. 57; J. VAN RYN en J. HEENEN, III, 1981, 23, nr. 16; Q. VAN ENIS, “L’opposabilité des conditions générales *off-line* et *on-line*: de la suite dans les idées?” in *Les conditions générales. Questions particulières*, (9) 14. Zie echter de rechtspraak aangehaald in voetnoot 242 en in het bijzonder Vred. Namen (II) 21 april 1998, *T. Vred.* 1999, 380; vgl. Frankrijk: F. LIMBACH, 112-114, nr. 197-200 en in het bijzonder 113, nr. 199. Deze laatste auteur gaat ervan uit dat het gebrek aan kennisname niet verhindert dat de inhoud van de overeenkomst bepaalbaar blijft aangezien de inhoud wel degelijk vast te stellen is op het moment van de contractsluiting.

<sup>246</sup> M. BOSMANS, “Standaardbedingen”, *TPR* 1984, (33) 44.

<sup>247</sup> Kh. Charleroi 5 december 1986, *RRD* 1987, 34. Daarom wordt soms getracht om het aanbod in een zo ruim mogelijke waaier van talen te communiceren: cf. het gebruik van meertalige nota’s in Kh. Antwerpen 25 juni 1992, *ETL* 1994, 108 en van meertalige affiches in Kh. Oostende 7 augustus 1930, *RGAR* 1930, 657.

<sup>248</sup> Kh. Tongeren 11 december 2007, *DAOR* 2008, 47; Kh. Tongeren 11 januari 2008, *RABG* 2008, 947 (“Een handelaar die een factuur ontvangt in een andere taal, wordt geacht deze taal te begrijpen wanneer hij niet protesteert”).

bestemming van de factuur om bedingen in vreemde talen te begrijpen. Zo oordeelde de rechtbank van koophandel te Hasselt dat een toegestuurd document duidelijk een factuur was, maar weigerde zij de aanvaarding van de daarin opgenomen algemene voorwaarden af te leiden uit de betaling ervan. Deze algemene voorwaarden waren namelijk slechts in het Nederlands en Frans opgenomen in de factuur, terwijl de correspondentie tussen de partijen in het Duits en Engels verliep: “De betaling van de facturen toont niet aan dat verweerster de algemene voorwaarden heeft begrepen. Het voorwerp van wat werd aangerekend werd op de facturen in het Duits omschreven. Veel kennis van een taal is niet nodig om te begrijpen dat een dergelijk toegestuurd document een factuur is. Het begrijpen van algemene voorwaarden daarentegen vereist een grotere kennis van die taal”<sup>249</sup>. Het loutere feit dat de Franse taal mogelijk een gebruikelijke taal was in de handel werd onvoldoende geacht om die kennis te vermoeden.

De vaststelling van een uitdrukkelijke of impliciete aanvaarding vereist wel dat de bestemming *minstens begrijpt of hoort te begrijpen* dat de aan hem gerichte mededeling een aanbod is (bij facturen: een verzoek tot betaling en aanspraakbevestiging) en dat zijn (gebrek aan) reactie minstens de indruk van aanvaarding zal wekken. Zoniet kan de medecontractant geen legitieme verwachtingen koesteren over het reële karakter van de kennisname of het gemeende karakter van de aanvaarding door de bestemming van de mededeling<sup>250</sup>. Zodra de bestemming dit behoort te begrijpen, moet hij protesteren tegen de inhoud van de mededeling (of nalaten om er uitdrukkelijk mee in te stemmen). Een voor de hand liggende vorm van protest is daarbij het antwoord dat men de inhoud van de mededeling niet begrijpt.

**62. Besluit.** De voorwaarden voor een redelijke mogelijkheid tot kennisname kunnen als volgt worden samengevat<sup>251</sup>. Ten eerste is de mededeling van het aanbod verplicht vóór de handeling waaruit men de aanvaarding wenst af te leiden, dus vóór de eigenlijke contractsluiting. Ten tweede is een redelijke consulteerbaarheid van het aanbod noodzakelijk. Dit betekent dat de bestemming kennis moet kunnen nemen van het aanbod zelf. Een loutere verwijzing is hierbij in beginsel niet voldoende, tenzij wordt aangetoond dat dit *de facto* wel een redelijke mogelijkheid tot kennisname impliceerde (bv. bij internetlinks). Ten derde is een voldoende zichtbare en verstaanbare presentatie van het aanbod vereist. Daarbij moet onder meer duidelijk worden gemaakt dat het gaat om een rechtshandeling die tot doel heeft om een overeenkomst tot stand te brengen.

### 3. Aanvaarding

**63. Omschrijving.** De aanvaarding kan worden gedefinieerd als de rechtshandeling waarmee de bestemming zijn instemming betuigt met het aanbod. Deze eenzijdige

<sup>249</sup> Kh. Hasselt 8 mei 2007, *RW* 2007-08, 1047.

<sup>250</sup> In het hierboven aangehaalde voorbeeld van de facturen kan bijvoorbeeld worden gesteld dat uit de omstandigheden voldoende moet blijken dat het toegestuurde document een factuur is en geen louter vrijblijvende communicatie.

<sup>251</sup> Zie de rechtsvergelijkende, op borden toegespitste analyse van Hondius: E. HONDIUS, *Standaardvoorwaarden*, Kluwer, Deventer, 1978, nrs. 235-239 en in het bijzonder de conclusie in nr. 239.

wilsuiting brengt de overeenkomst tot stand. Het bestaan van een aanvaarding in een concreet geval is een feitenkwestie<sup>252</sup> waarbij de bewijslast rust op de persoon die zich erop wenst te beroepen - in principe is dat de aanbieder<sup>253</sup>. Ook hier geldt dat een reële kennisname van de aanvaarding niet onmisbaar is. Het volstaat dat de aanbieder er redelijkerwijze kennis van kan nemen<sup>254</sup>.

### 3.1 Persoon van wie de aanvaarding kan uitgaan

**64. Wie kan aanvaarden – contractsluiting en schijnmandaat.** De aanbieder moet bij miskenning van het geheim kunnen aantonen dat zijn medecontractant een wanprestatie heeft begaan. Dit is niet evident bij gestandaardiseerde technieken voor contractsluiting aangezien de gebruiker van deze technieken op het moment van de contractsluiting vaak niet op de hoogte is van de identiteit van zijn medecontractant. De geldigheid van de contractsluiting komt hierdoor echter niet in het gedrang. Het volstaat om de identiteit van de medecontractant te kunnen aantonen indien een partij bij het geschil betwist dat zij die hoedanigheid heeft. De vaststelling dat contractpartijen vaak niet op de hoogte zijn van elkaars identiteit geldt *a fortiori*

---

<sup>252</sup> Cass. 27 mei 2002, *Pas.* 2002, I, 1216; Luik 21 december 1960, *Pas.* 1961, II, 228; zie ook Kh. Luik 27 oktober 1994, *TBH* 1995, 906 (de algemene voorwaarden op de achterkant van een factuur zijn slechts bindend indien uit de analyse van het stilzwijgen van de bestemming blijkt dat het gaat om een stellige, zij het stilzwijgende, uitdrukking van aanvaarding) en Kh. Luik 8 april 1949, *JL* 1948-49; H. DE PAGE, II, 533-534, nr. 546; C. RENARD, E. VIEUJEAN en Y. HANNEQUART, “La notion d’obligation, la formation des contrats et la capacité des parties contractantes” in *Les Nouvelles. Droit Civil*, IV, Brussel, Larcier, 1957, 118, nr. 345; R. DE SMET, “De la force obligatoire des conditions générales en matière commerciale” (noot onder Cass. 9 februari 1973), *RCJB* 1974, (192) 196-197; I. VEROUGSTRAETE, “Wil en vertrouwen bij het totstandkomen van overeenkomsten”, *TPR* 1990, (1163) 1186; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, 39, nr. 28; J. GHESTIN, *La formation du contrat*, 1993, 389, nr. 427; F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, Parijs, LGDJ, 1994, 245 en 272-274; J. M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, Parijs, Francis Lefebvre, 1999, 357; vgl. J. VAN RYN en J. HEENEN, II, 227, nr. 1222; J. LEHRER, “Des clauses d’irresponsabilité”, *RGAR* 1962, 6800-6; G. PLANIOL en M. RIPERT, VI, 112, nr. 105.

<sup>253</sup> Cass. 8 november 1991, *Arr. Cass.* 1991-92, 226 (bewijs van stilzwijgende aanvaarding bij gebrek aan tijdig protest tegen facturen vereist het bewijs van de datum waarop deze facturen werden ontvangen); Brussel 31 maart 2006, AR 2020, Justel nr. F-20060331-7, [www.juridat.be](http://www.juridat.be) (verkort); Antwerpen 20 maart 1996, *ETL* 1996, 721; Brussel 7 maart 1996, *RGAR* 1997, 12871; Luik 11 maart 1981, *JL* 1982, 2, noot M. DOUTREWE; Kh. Antwerpen 12 juni 1995, *TBH* 1995, 908; Kh. Namen 20 januari 1977, *RRD* 1976-77, 314; Kh. Namen 20 augustus 1964, *JL* 1964-65, 189; Kh. Brussel 31 januari 1950, *De Verz.* 1950, 618, noot MG; Kh. Oostende 7 augustus 1930, *RGAR* 1930, 657; Rb. Luik 1 oktober 2008, *TBH* 2009, 610; Rb. Aarlen 19 mei 2005, *DAOR* 2007, 251, noot H. COUSY; Pol. 3 februari 2000, *TAVW* 2001, 38; Rb. Brugge 24 maart 1997, *T. Not.* 1998, 54; Vred. Luik (II) 8 maart 1979, *De Verz.* 1980, 139, noot RB; Vred. Aarlen 14 oktober 1977, *JL* 1977-78, 192; Vred. Ukkel 10 april 1946, *JT* 1946, 243, noot RP; zie tevens Antwerpen 2 juni 1982, *RHA* 1981-82, 237; R. DALCQ, “Traité de la responsabilité civile. 2: Le lien de causalité, le dommage et sa réparation” in *Les Nouvelles. Droit Civil*, V.II, Larcier, Brussel, 1962, 785, nr. 4292; M. FAURE, *RW* 1982-83, (2162) 2171; Frankrijk: F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, Parijs, LGDJ, 1994, 288-289, nr. 472; J. GHESTIN, *La formation du contrat*, 1993, 374, nr. 414; A. ROBERT, “Une source mineure de droits civils: les affiches et les écritaux”, *JCP* 1958, I, 1458, nr. 7; G. BERLIOZ, 59, nr. 102; F. LIMBACH, 152, nr. 284.

<sup>254</sup> Cass. 16 juni 1960, *Arr. Cass.* 1960, 932; Cass. 25 mei 1990, *Arr. Cass.* 1989-90, 1218, concl. G. D’HOORE; Cass. 19 juni 1990, *Arr. Cass.* 1989-90, 1332; Luik 15 maart 2000, *TBBR* 2001, 176 (verkort). Zie tevens de kritiek van Aubert op het onderscheid tussen *actes réceptives* en *actes non réceptives*: J.-L. AUBERT, 304-307, nrs. 329-331.

indien de contractsluiting via elektronische, geautomatiseerde procedés verloopt<sup>255</sup>. Zo kan de verzender van een disclaimer niet met zekerheid achterhalen wie de e-mail vervolgens in zijn bezit zal krijgen. De opsteller van een eula kan evenmin op de hoogte zijn van de identiteit van alle personen die de software installeren. Hij kan wel achterhalen in wiens naam het product wordt geïnstalleerd indien het registratieproces via internet dient te verlopen, maar het kan gebeuren dat een gebruiker valse coördinaten opgeeft of dat de persoon die de eula aanvaardt niet de eigenaar is van de computer waarop de software wordt geïnstalleerd. Het IP-adres van de eigenaar van een computer leidt bijvoorbeeld niet rechtstreeks naar de persoon die de wil tot aanvaarding heeft gecommuniceerd aan de opsteller van de eula. Deze vaststelling is niet noodzakelijk problematisch voor de contractsluiting. Een aanbod moet weliswaar worden aanvaard door de persoon aan wie het gericht is. Deze persoon hoeft het aanbod in kwestie echter niet rechtstreeks aanvaarden. Hij kan dit overlaten aan een vertegenwoordiger. De opsteller van de eula kan in dergelijke situaties nog een beroep doen op de vertrouwensleer. Een persoon die andere gebruikers toegang biedt tot zijn e-mail of computer draagt namelijk bij tot de totstandkoming van een schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid voor de eigenaar van het e-mailadres of de computer.

Het loutere feit dat een met de bestemming geaffilieerde persoon een handeling stelt waaruit de aanvaarding wordt afgeleid, betekent niet dat een schijnmandaat is ontstaan. De gecreëerde schijn moet steeds legitiem zijn. De aanbieder moet bijvoorbeeld beseffen dat niet elke werknemer om het even welke rechtshandeling mag stellen in naam en voor rekening van zijn werkgever.

Zo weigert sommige rechtspraak de aanvaarding door een werkgever van een geafficheerd exoneratiebeding af te leiden uit de betreding van het terrein door zijn werknemer<sup>256</sup>. Ook de betreding van een terrein met geafficheerd exoneratiebeding door een passagier (niet-bestuurder) van het voertuig dat het terrein oprijdt, werd geacht niet te resulteren in een aanvaarding van dit beding door de passagier<sup>257</sup>.

**65. Wie kan aanvaarden – risico op contractsluiting via geautomatiseerde procedés.** Het publiek ter beschikking stellen van een website op het internet impliceert de toestemming om er “vrij en onbelast” kennis van te nemen. Dit geldt weliswaar alleen voor de handeling waarbij kennis wordt genomen van de inhoud van de site. Het betekent niet dat de auteur van de website afstand doet van om het even welke wettelijke bescherming van de inhoud ervan (bv. de auteursrechten). De eigenaar van de website die bijkomende verplichtingen wenst op te leggen aan zijn

---

<sup>255</sup> Zie tevens naar Frans recht: J.-F. RENUCCI, “L’identité du cocontractant”, *RTD Com.* 1993, 441 (over de moeilijkheden rond de identificatie van de medecontractant wanneer deze “chiffrée” is). Deze auteur stelt i.v.m. magneetkaarten dat de identiteit van de gebruiker onzeker is indien de kaart niet gekoppeld is aan een geheime code en dat het gebruik ervan niet kan worden beschouwd als een handtekening die de eigenaar van de kaart identificeert. Bij kaarten met geheime code wordt dit principe wel aanvaard).

<sup>256</sup> Antwerpen 28 maart 2000, *Eur. Vervoerr.* 2000, 697; Pol. Brugge 29 juni 2006, *TGR* 2007, 19; Pol. Antwerpen 17 juni 2005, *Eur. Vervoerr.* 2006, 109.

<sup>257</sup> Pol. Gent 22 december 2003, *RW* 2005-06, 1433.

bezoekers, moet daarvoor een overeenkomst aangaan met deze bezoekers. Dit is problematisch aangezien op het internet steeds vaker gebruik wordt gemaakt van geautomatiseerde procedés voor de verzameling van informatie<sup>258</sup>. Dit is het zogenaamde *data mining*<sup>259</sup>. Het gaat om een geautomatiseerde techniek waarbij grote hoeveelheden gegevens worden verzameld die vervolgens worden geanalyseerd en gesorteerd met het oog op de verkrijging van economisch waardevolle informatie en waarbij zowel de verkrijging als het sorteren van de informatie automatisch verloopt.

Geautomatiseerde procedés kunnen hun gebruiker in de contractuele sfeer doen belanden omdat zij tijdens het opsporen van informatie worden geconfronteerd met het aanbod van de eigenaar van een website tot sluiting van een eula. Het probleem is dat de gebruiker van het procedé mogelijk niet op de hoogte is van het bestaan van deze eula, laat staan dat hij zou wensen om deze te aanvaarden. De gebruiker van het geautomatiseerde procedé kan geen kennis nemen van eula's die slechts worden gepresenteerd via een *browsewrap* tekst. Een *clickwrap* overeenkomst voordat de site wordt betreden biedt evenmin zekerheid dat de gebruiker daadwerkelijk kennis neemt van de contractvoorwaarden. De geautomatiseerde procedés kunnen namelijk geprogrammeerd zijn om toegang te krijgen tot dergelijke websites zonder dat hun gebruiker kennis heeft van dit aanbod of enige reële intentie tot aanvaarding heeft. Dit is het geval indien het procedé geprogrammeerd is om automatisch de "I agree" optie aan te klikken.

Hierbij rijst de vraag naar de rechtsgevolgen van een dergelijke kunstmatige aanvaarding. Het antwoord op deze vraag is opnieuw te vinden in de vertrouwensleer. De gebruiker van een geautomatiseerd procedé heeft misschien niet de minste intentie om een overeenkomst aan te gaan, maar kan die indruk wel gewekt hebben bij zijn tegenpartij. De rechtsgevolgen van de kunstmatige aanvaarding hangen bijgevolg af van de aanwezigheid van een legitieme schijn van kennisname en aanvaarding. Wanneer het geautomatiseerde procedé specifiek werd ontwikkeld om zich toegang te verschaffen tot één of enkele specifieke websites, kan men redelijkerwijze veronderstellen dat de gebruiker van de techniek deze websites vooraf bezocht en zich heeft vergewist van eventuele mogelijkheden tot contractsluiting op de sites in kwestie. Hij kan dit aanbod bijgevolg niet meer omzeilen door de inschakeling van een geautomatiseerd procedé. Hij weet of behoort te weten dat de eigenaar van de website alleen toegang wenst te verlenen aan personen die instemmen met de voorgestelde eula. Deze redenering geldt tevens voor procedés die bewust worden ontwikkeld om automatisch in te stemmen met eula's indien deze worden voorgesteld, ook al heeft de gebruiker van het procedé niet alle websites rechtstreeks bezocht. De aanvaarding is in deze hypothese terug te leiden op de algemene intentie om toegang te krijgen tot de gegevens van de websites. Er kan minstens een schijn van

---

<sup>258</sup> Zie voor een meer gedetailleerde omschrijving van deze procedés: M.L. BOONK, "No robots clauses: zijn ze effectief? Een analyse van robots.txt files en no robots clauses metatags", *Computerrecht* 2009, 5-12; J. GROOM, "Are 'Agent' Exclusion Clauses a legitimate Application of the EU Database Directive", *SCRIPTed* 2004, afl. 1:1, 83; M.L. BOONK, D.R.A. DE GROOT, A. OSKAMP en F.M.T. BRAZIER, "Agent Exclusion on Websites", <http://cli.vu/pubdirectory/238/manuscript.pdf>.

<sup>259</sup> *Data mining* wordt gedefinieerd als "the practice of searching through large amounts of computerized data to find useful patterns or trends" (*Merriam-Webster Dictionary*, v° Data mining).

aanvaarding worden afgeleid uit de wetenschap dat men het geautomatiseerde procedé niettegenstaande het risico heeft geprogrammeerd op deze manier.

Deze redenering is minder realistisch wanneer het geautomatiseerde procedé niet specifiek geprogrammeerd is om het aanbod van eula's te omzeilen, bijvoorbeeld wanneer de eula wordt aangeboden via de *browsewrap* techniek. Het bewijs van het bezoek kan hier nog steeds gelden als een vermoeden van kennisname en aanvaarding, maar dit kan worden weerlegd door het bewijs dat het hierbij ging om een geautomatiseerd procedé en dat de gebruiker daarvan niet bedacht hoefde te zijn op het gebruik van technieken die een impliciete aanvaarding trachten af te leiden uit het gedrag van de bezoeker van de website.

De eigenaar van een website kan ter bescherming tegen geautomatiseerde bezoeken de presentatie van het aanbod laten voorafgaan door een zogenaamde “captcha”<sup>260</sup>. Dit is een *challenge-response* test waarbij de toegang tot de website wordt gekoppeld aan de invoering van een letter- en/of cijfercombinatie. In beginsel zijn alleen natuurlijke personen in staat om dergelijke tests op te lossen, zodat de invoering van een juiste combinatie impliceert dat het bezoek niet gebeurt via een geautomatiseerd procedé. Geautomatiseerde procedés die toch in staat zijn om de *captcha* juist op te lossen, moeten bewust worden geprogrammeerd voor deze doelstelling. De gebruiker mag dan worden geacht om het risico van de gecreëerde schijn op zich te nemen. Het gedrag van de bezoeker op de site kan dan opnieuw worden aangewend als een onrechtstreekse wijze van kennisname en aanvaarding.

**66. Wie kan aanvaarden – bewust gebruik van geautomatiseerde procedés voor (voorkoming van) contractsluiting.** Anderzijds kunnen partijen bewust gebruik maken van geautomatiseerde procedés voor een contractsluiting<sup>261</sup>. Zowel aanbod als aanvaarding kunnen op geautomatiseerde wijze worden verzonden. De bindende kracht van deze wilsuitingen vereist geen *rechtstreekse* betrokkenheid van een rechtssubject. De gebondenheid van het rechtssubject aan elk concreet geautomatiseerd antwoord dat in zijn naam en voor zijn rekening wordt gesteld, vloeit voort uit de algemene intentie om zonder voorbehoud op dergelijke wijze overeenkomsten aan te gaan.

Ten slotte kunnen geautomatiseerde procedés worden aangewend om onduidelijkheid over het gebrek aan enige intentie tot contractsluiting te voorkomen. Een geautomatiseerde *out of office reply* die meldt dat men gedurende een bepaalde periode niet op kantoor zal zijn, kan bijvoorbeeld voorkomen dat gedurende de periode van afwezigheid een schijn van stilzwijgende aanvaarding wordt gewekt ten aanzien van het bericht in kwestie.

### 3.2 Tijdstip van de contractsluiting

---

<sup>260</sup> CAPTCHA is een acroniem voor *Completely Automated Public Turing test to tell Computers and Humans Apart* (zie uitvoerig: L. VON AHN, M. BLUM, N. HOPPER en J. LANGFORD, “CAPTCHA: Using Hard AI Problems for Security” in *Advances in Cryptology - EUROCRYPT 2003*, Berlijn, Springer, 2003, 294-311).

<sup>261</sup> J. MEHRINGS, “Vertragsabschluss im Internet – Eine neue Herausforderung für das ‘alte’ BGB”, *MMR* 1998, 30-33 en de verwijzingen aldaar. Zie tevens J. GROOM, “Are ‘Agent’ Exclusion Clauses a legitimate Application of the EU Database Directive”, *SCRIPTed* 2004, afl. 1:1, 83, titels 2.2-2.4.

## 67. Tijdstip van de totstandkoming bij contractsluiting *inter absentes*.

Onpersoonlijke technieken zijn bestemd om overeenkomsten tot stand te brengen zonder rechtstreeks contact tussen de partijen. Het vraagstuk van het tijdstip van de totstandkoming van dergelijke overeenkomsten kan, kort gesteld, op twee manieren worden benaderd<sup>262</sup>: ofwel neemt men als uitgangspunt dat de overeenkomst tot stand komt op het moment dat de bestemming zijn aanvaarding uit<sup>263</sup> (*système de l'émission*), ook al bereikte deze de aanbieder niet, ofwel gaat men ervan uit dat de overeenkomst pas tot stand komt op het moment dat de aanbieder op de hoogte is (*système de l'information*) dan wel kon zijn van de aanvaarding (*système de la réception*). Het Belgische recht neemt de (tweede component van de) tweede benadering als uitgangspunt<sup>264</sup>. Het tijdstip van de tweede benadering is echter niet geschikt voor de gebruikers van onpersoonlijke technieken. De aanvaarding van disclaimers, eula's (behoudens beantwoording door de ontvanger of de aanwezigheid van een elektronisch registratieproces) of bordjes zal de aanbieder immers zelden bereiken. Deze technieken speculeren net op een stilzwijgende aanvaarding. Bovendien wordt vaak pas duidelijk dat een contract werd gesloten en met wie dat gebeurde wanneer de nood rijst om zich op het bestaan van de overeenkomst te

<sup>262</sup> Zie over de classificatie van de verschillende theorieën over het tijdstip van de totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch recht: *RPDB*, v° Contrat et convention en général, 14, nr. 185 *et seq.*; T. STAROSSELETS, "Offre et acceptation: principes et quelques questions spéciales" in *Le processus de formation du contrat*, Luik, CUP, 2004, (9) 53-54, nr. 38; C. DELFORGE, "Formation des contrats: dynamique" in *Le processus de formation du contrat*, 442, nr. 525; J. STICHELBAUT, E. MONTERO, I. RORIVE en J-Ph. GOBIED, "II.1.4 Négociation et formation du contrat", 73, 2b.25 *et seq.* Zie uitgebreid over deze problematiek naar Frans recht: J.-L. AUBERT, 346-392, nrs. 377-420; F. TERRE, Ph. SIMLER en Y. LEQUETTE, 2005, 170-177, nrs. 164-172-1; A. LAUDE, 137-143, nrs. 208-216; naar Frans en Engels recht: P. OWSIA, *Formation of Contract. A comparative study under English, French, Islamic and Iranian Law*, Londen, Graham Trotman, 1994, 536-569; naar Duits recht: K. LUDWIG, 75 (tijdstip van de ontvangst met enkele uitzonderingen, *cf.* § 151 BGB); naar Amerikaans recht: A. RAWLS, "Contract formation in an internet age", 10 *Colum. Sci. & Tech. L. Rev.* 200 (deze auteur analyseert de historische voorkeur voor de *dispatch rule* in het Amerikaanse recht en komt tot de constatacie dat een *receipt rule* efficiënter is). Zie naar Nederlands recht: Voorzieningsrechter Rb. Maastricht 6 augustus 2003, *TVC* 2004, 198 (een overeenkomst via e-mail komt tot stand indien de aanvaarding van het aanbod de medecontractant bereikt. Hiertoe volstaat niet dat het bericht louter verzonden is. Het moet effectief toekomen in de 'in-box' van de medecontractant).

<sup>263</sup> Hetzij op het tijdstip dat hij voor zichzelf beslist om te aanvaarden (*système de la déclaration*), hetzij op het tijdstip dat hij zijn aanvaarding veruitwendigt zonder dat de aanbieder daar reeds van op de hoogte is (*système de l'expédition*).

<sup>264</sup> Cass. 16 juni 1960, *Arr. Cass.* 1960, 932; Cass. 25 mei 1990, *Arr. Cass.* 1989-90, 1218, concl. G. D'HOORE; Cass. 19 juni 1990, *Arr. Cass.* 1989-90, 1332; Antwerpen 17 mei 1999, *P&B* 2000, 242; Kh. Tongeren 5 oktober 2004, *DAOR* 2007, 154, noot E. MONTERO; Rb. Mechelen 16 november 1993, *Pas.* 1993, III, 43; Corr. Charleroi 2 maart 2001, *T.Verz.* 2001, 539 (verkort). C. DELFORGE, *TBBR* 2005, (5) 19, nr. 23; P. WERY, *Droit des obligations*, I, *Théorie générale du contrat*, 2010, 152-155; zie ook de analyse van W. GELDHOF, "Contracteren tussen afwezigen" in *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2005, Titel II, Hfdst. 3, Afd. 3 (deze auteur haalt ook rechtsleer aan die een verfijning wenst van deze theorie door rekening te houden met de zogenaamde "contractuele voorzienbaarheid" waarbij het contract tot stand komt op de plaats waar degene die aanvaardt, gelet op alle begeleidende omstandigheden, redelijkerwijze ervan mag uitgaan dat het contract zou worden gesloten). Bepaalde rechtsleer maakt hier toepassing van de in artikel 2281 BW vervatte regel, waarbij de kennisgeving (*in casu* van de aanvaarding) ingaat op het tijdstip van haar ontvangst (zie C. CAUFFMAN, *De verbindende eenzijdige belofte*, 255). Kritisch over de keuze van het Hof van Cassatie voor de theorie van (de mogelijke kennis van) de ontvangst: J. HEENEN, "L'acceptation de l'offre de contracter faite par correspondance" (noot onder Cass. 16 juni 1960), *RCJB* 1962, (301) 306, nr. 10.



beroepen, bijvoorbeeld naar aanleiding van een schadegeval (beroep op exoneratiebeding) of van een niet-toegestane verspreiding van de informatie (beroep op geheimhoudingsplicht). Voordien is de aanbieder vaak niet eens op de hoogte van het bestaan van de aanvaarding. Dit leidt echter niet tot onoverkomelijke obstakels voor de bindende kracht van de overeenkomst. Het tijdstip van de totstandkoming is namelijk niet van dwingend recht<sup>265</sup>. Het is vatbaar voor afwijking naargelang de wil van de partijen<sup>266</sup>. Het initiatief daartoe ligt bij de aanbieder. Hij kan een afwijkend tijdstip specificeren in zijn aanbod<sup>267</sup>, bijvoorbeeld door afstand te doen van de mededelingsplicht<sup>268</sup>. Uit de context waarin onpersoonlijke technieken worden gebruikt, kan impliciet worden afgeleid dat de beoogde contractuele verplichtingen bestemd zijn om te worden nageleefd van zodra zij worden aanvaard. In die hypothese kan het moeilijk zijn om te bepalen wanneer de overeenkomst precies tot stand is gekomen, maar dit is geen obstakel voor de geldigheid van de contractsluiting (*supra* randnr. 23).

### 3.3 Wijze van aanvaarding

#### 3.3.1 Algemeen

**68. Aanvaarding is in beginsel vormvrij.** In beginsel is de aanvaarding aan geen enkele formaliteit onderworpen<sup>269</sup>. De overeenkomst komt tot stand door de loutere

---

<sup>265</sup> Cass. 25 mei 1990, *Arr. Cass.* 1989-90, 1218, concl. G. D'HOORE; Cass. 19 juni 1990, *Arr. Cass.* 1989-90, 1332; J. STICHELBAUT, E. MONTERO, I. RORIVE en J-Ph. GOBIEU, "II.1.4 Négociation et formation du contrat", 76, 2b.37; P. WERY, *Droit des obligations*, I, *Théorie générale du contrat*, 2010, 154-155. Frankrijk: F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, 2005, 174, nr. 170 b).

<sup>266</sup> Het kan ook worden afgeleid uit een gebruik (*RPDB*, v<sup>o</sup> Contrat et convention en général, 15, nr. 205).

<sup>267</sup> Cass. 19 juni 1990, *Arr. Cass.* 1989-90, 1332; T. STAROSSELETS, "Offre et acceptation: principes et quelques questions spéciales" in *Le processus de formation du contrat*, Luik, CUP, 2004, (9) 58-59, nr. 43; C. DELFORGE, "Formation des contrats: dynamique" in *Le processus de formation du contrat*, 448, nr. 535 ("Le caractère supplétif de la règle autorise bien entendu les parties à y déroger"); *RPDB*, v<sup>o</sup> Contrat et convention en général, 15, nr. 204.

<sup>268</sup> Cass. 19 juni 1990, *Arr. Cass.* 1989-90, 1332 (het moment van de kennisname als tijdstip van de totstandkoming geldt slechts behoudens andersluidend beding); Engeland: M. FURMSTON, *Cheshire, Fifoot and Furmston's law of contract*, Londen, Butterworths, 2001, 53; C. CAUFFMAN, *De verbindende eenzijdige belofte*, 257, nr. 419.

<sup>269</sup> Cf. Luik 21 november 1990, *Bull. Bel.* 1992, 2737 (de vermelding gelezen en goedgekeurd is geen substantiële vormvereiste van een gegeven akkoord); in dezelfde zin: Luik 28 januari 1974, *JL* 1973-74, 257 (het gebrek van de vermelding "gelezen en goedgekeurd" rechtvaardigt niet de ambtshalve nietigverklaring van de overeenkomst); Kh. Antwerpen 25 juni 1992, *ETL* 1994, 108 (de betreder van een terrein met geafficheerd exoneratiebeding kan zich niet beroepen op het gebrek aan formele aanvaarding om te ontsnappen aan de toepassing van het beding); zie tevens Vred. Antwerpen 13 januari 1971, *RGAR* 1973, nr. 9051; T. STAROSSELETS, "Offre et acceptation: principes et quelques questions spéciales" in *Le processus de formation du contrat*, Luik, CUP, 2004, (9) 38, nr. 26; C. DELFORGE, "Formation des contrats: dynamique" in *Le processus de formation du contrat*, 424, nr. 498; W. VAN GERVEN en S. COVEMAERKER, 2006, 157; D. MOUGENOT, *La preuve in Répertoire notarial*, Brussel, Larcier, 2002, 141, nr. 107; B. VAN BAEVEGHEM, "De paraaf: 'Slip of the pen' of geldige handtekening?", *TBBR* 2006, (593) 596; P. WERY, *Droit des obligations*, I, *Théorie générale du contrat*, 2010, 147. Frankrijk: P. BLANCHARD, "Offre et acceptation dans la négociation du contrat international", *RDAI* 2008, (3) 19. De wetgever kan voorzien in uitzonderingen op dit principe.

wilsovereenstemming<sup>270</sup> tenzij de wetgever in specifieke formaliteiten heeft voorzien. Het gebrek aan formaliteiten heeft tot gevolg dat de wilsuiting tot aanvaarding zowel uitdrukkelijk als (impliciet of) stilzwijgend kan gebeuren<sup>271</sup>. Bij een *uitdrukkelijke aanvaarding* communiceert de bestemming van het aanbod rechtstreeks zijn aanvaarding aan de aanbieder. Dit laat geen enkele twijfel bestaan over de intenties van de bestemming. Een *impliciete aanvaarding* dient te worden afgeleid uit een feit of gedraging die ondubbelzinnig neerkomt op aanvaarding ook al wordt dit niet uitdrukkelijk gecommuniceerd aan de aanbieder. De impliciete aanvaarding is daarom te kwalificeren als een onrechtstreekse vorm van aanvaarding. De *stilzwijgende aanvaarding* resulteert eveneens in een onrechtstreekse aanvaarding. Het verschil met de impliciete aanvaarding schuilt in het feit dat de aanvaarding voortvloeit uit het gebrek aan enige reactie op het aanbod<sup>272</sup>.

De noties “duidelijk”, “zeker” of “ondubbelzinnig” mogen niet worden verward met de notie “uitdrukkelijk”. Een uitdrukkelijke aanvaarding is een aanvaarding die rechtstreeks wordt gecommuniceerd aan de aanbieder. Een ondubbelzinnige aanvaarding is een aanvaarding die niet (noodzakelijk) rechtstreeks wordt meegedeeld, maar (minstens) wordt afgeleid uit een gedraging die noodzakelijkerwijze blijkt geeft van de wil tot aanvaarding. Een ondubbelzinnige aanvaarding is met andere woorden een gedraging die voor geen enkele andere redelijke uitleging dan een aanvaarding vatbaar is. De vereiste van een aanvaarding wordt soms opgevat als een vereiste tot uitdrukkelijke aanvaarding<sup>273</sup> van geafficheerde (exoneratie)bedingen<sup>274</sup>. Het standpunt van het Hof van Cassatie is echter dat het volstaat om vast te stellen dat een beding werd aanvaard, weze het uitdrukkelijk of stilzwijgend<sup>275</sup>. De aanvaarding moet bijgevolg zeker zijn<sup>276</sup>, maar niet noodzakelijk uitdrukkelijk.

---

<sup>270</sup> Gent 4 december 1990, *RW* 1990-91, 1374; Kh. Kortrijk 27 november 1937, *JCF* 1937, 268, noot E.V.

<sup>271</sup> Onder meer: Cass. 16 juni 1960, *Arr. Cass.* 1960, 932; Cass. 26 oktober 1967, *Arr. Cass.* 1968, 301; Cass. 11 december 1970, *Arr. Cass.* 1971, 369 en *TBH* 1972, 608; Cass. 9 februari 1973, *Arr. Cass.* 1973, 579 en *RCJB* 1974, 187, noot R. DE SMET; Cass. 17 oktober 1975, *Pas.* 1976, I, 224; Cass. 20 mei 1988, *Arr. Cass.* 1987-88, 1237; Cass. 27 januari 2000, *Arr. Cass.* 2000, 72; Arbrb. Antwerpen 8 oktober 1997, *Soc. Kron.* 1998, 408, noot F. DORSEMONT; Pol. Antwerpen 17 juni 2005, *Eur. Vervoerr.* 2006, 109; vgl. met Cass. 29 september 1932, *Pas.* 1932, I, 255; met de aanvaarding van nalatenschappen: Cass. 5 juli 1883, *Pas.* 1883, I, 343; Brussel 14 maart 1973, *Rev. not. b.* 1973, 511 en met de conformiteit van de levering bij de koop: Bergen 4 oktober 1988, *TBH* 1991, 224; Luik 19 november 1991, *Pas.* 1991, II, 205. De wetgever kan voorzien in een afwijkende regeling (zie bv. art. 932, 1092, 1190, 1197 en 1202 BW).

<sup>272</sup> R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, I, Parijs, Rousseau, 1923, 299, nr. 185 (“Il y a silence au sens juridique lorsqu’une personne au cours de cette activité permanente qu’est la vie, n’a manifesté sa volonté par rapport à un acte juridique, ni par une action spéciale (volonté expresse), ni par une action d’où on puisse déduire sa volonté (volonté tacite)”). T. STAROSSELETS, (5) 39.

<sup>273</sup> Cf. Antwerpen 20 maart 1996, *ETL* 1996, 721 (in de Engelse, Franse, Spaanse en Duitse samenvatting is sprake van een vereiste tot uitdrukkelijke aanvaarding, in de Nederlandse is sprake van een vereiste tot duidelijke aanvaarding); Pol. Antwerpen 3 februari 2000, *TAVW* 2001, 38 (zie de woordkeuze in punt drie van de samenvatting bij het vonnis – het vonnis zelf maakt geen melding van een uitdrukkelijke aanvaarding).

<sup>274</sup> Kh. Oostende 27 april 1965, *RW* 1964-65, 2032; Kh. Antwerpen 9 februari 1961, *JPA* 1961, 262.

<sup>275</sup> Cass. 11 december 1970, *Arr. Cass.* 1971, 369; Cass. 20 mei 1988, *DCCR* 1989, 268, noot C. PAUWELS; in die zin reeds Luik 21 december 1960, *Pas.* 1961, II, 228; Kh. Brussel 3 december 1964, *JCB* 1965, 152; Kh. Luik 6 april 1922, *JL* 1922, 221; Vred. St.-Jans-Molenbeek 15 april 1986, *T. Vred.* 1987, 101.

<sup>276</sup> Luik 21 december 1960, *Pas.* 1961, II, 228; Kh. Namen 20 augustus 1964, *JL* 1964-65, 189; Kh. Brussel 3 december 1964, *JCB* 1965, 152; Kh. Brussel 19 juni 1930, *JCB* 1930, 330, noot GC; M. FAURE, *RW* 1982-83, (2162) 2171-2172.

**69. Contractualisering van de wijze waarop wordt aanvaard.** De partijen kunnen uitzonderingen voorzien op het principiële gebrek aan formaliteiten<sup>277</sup>. Zo kan een contractueel beding een bepaalde betekenis verlenen aan het stilzwijgen van een partij (hetzij de betekenis van aanvaarding, hetzij van weigering)<sup>278</sup>. Verder kunnen de partijen in een voorovereenkomst stipuleren dat de definitieve overeenkomst slechts tot stand komt mits vervulling van bepaalde formaliteiten<sup>279</sup>, zoals de ondertekening van de onderhandse akte. De definitieve overeenkomst kan bovendien een *entire agreement clause* (ook *merger clause* of *integration clause* genoemd) bevatten die voorkomt dat bijkomende contractuele rechten of plichten worden afgeleid uit feiten, afspraken of zelfs regels van aanvullend recht die zich niet binnen de “vier hoeken” van de overeenkomst bevinden<sup>280</sup>.

<sup>277</sup> C. PELLETIER, *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, Parijs, L'Harmattan, 2004, 244. Ook de wetgever of de gewoonte kan voorzien in uitzonderingen.

<sup>278</sup> Bergen 13 oktober 1977, *RGAR* 1983, nr. 10616; Kh. Mechelen 25 juni 1999, *TBBR* 1999, 589; vgl. Leuven AR 04/1012, 19 mei 2005, onuitg. (brief waarin werd gesteld dat de medecontractant voortaan het gebrek aan protest niet mocht opvatten als aanvaarding. De bestemming van de brief had op zijn beurt niet geprotesteerd tegen de inhoud van deze brief); J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial belge*, III, 68, nr. 62; Frankrijk: F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, Parijs, LGDJ, 1994, 234-235, 380; L. RUET, “Le silence: sa valeur juridique, sa durée, son aménagement conventionnel” (noot onder Cass. com. (fr.) 26 maart 1996), *Bull. Joly Bourse* 1996, (514), nrs. 13-24; M. PLANIOL en G. RIPERT, VI, 119. Duitsland: K. SCHMIDT, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, München, Beck, 2009, V, HGB § 346 [Handelsbräuche], 133 et seq.

<sup>279</sup> België: H. DE DECKER, “De ‘subjectieve’ plechtige rechtshandeling: onbekend maakt onbemind?” in *Liber Amicorum Christian De Wulf*, Brugge, die Keure, 2003, 439-448. Frankrijk: M.-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel in Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 1975, 85-90; M. ZAKI, “Le formalisme conventionnel illustration de la notion de contrat-cadre”, *RIDC* 1986, (1043) 1049; J.M. MOUSSERON, P., MOUSSERON, J. RAYNARD, en J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, 2005, 26, nr. 25 (bevestiging van het principe); zie tevens B. NUYTTEN en L. LESAGE, “Formation des contrats: regards sur les notions de consensualisme et de formalisme”, *Rép. not. D.* 1998, (497), nrs. 18-22. De partijen kunnen stipuleren dat deze formaliteiten niet noodzakelijk zijn voor de geldigheid van de rechtshandeling (*ad solemnitatem*), maar slechts voor het bewijs ervan (*ad probationem*). Het uitgangspunt van de Franse rechtspraak is dat conventioneel bedongen formaliteiten eerder uitvoeringsmodaliteiten van de gesloten overeenkomst zijn dan een geldigheidsvereiste voor de contractsluiting (F. TERRÉ, Ph. SIMLER en Y. LEQUETTE, 2005, 149, nr. 139; M. PLANIOL en G. RIPERT, VI, 123-124; zie tevens C. AUBRY en C. RAU, *Cours de droit civil français*, Parijs, Marchal et Billard, 1902, IV, §343, 484-485). De Duitse wetgever vertrekt van het tegenovergestelde uitgangspunt en gaat ervan uit dat de overeenkomst nietig is indien twijfel rijst (§ 125 BGB en 154, (2) BGB).

<sup>280</sup> Zie uitgebreid: M. LAMOUREUX, “La clause d'intégralité en droits français, anglais et américain”, *Revue Lamy droit civil* 2007, 75-86; M. FONTAINE en F. DE LY, *Droit des contrats internationaux: Analyse et rédaction de clauses*, 146 et seq.; C. MITCHELL, *Interpretation of contracts*, Oxon, Routledge-Cavendish, 2007, 131-148. Zie tevens Y. POULLET, “Les documents de la période préparatoire. Leur valeur juridique” in *Le droit des ‘contrats informatiques’. Principes – Applications*, Brussel, Larcier, 1983, (157) 185-187. Het doel van deze clausules is om betwisting te voorkomen over de relevantie van feiten of afspraken die de contractsluiting voorafgaan voor de inhoud van de definitieve overeenkomst. Het is (minstens in handelszaken) niet altijd eenvoudig om uit te maken welke elementen uit deze onderhandelingsfase nog relevant zijn voor de overeenkomst aangezien dit een (min of meer) vrijblijvende fase is waarin slechts de *mogelijke* inhoud van een akkoord wordt besproken (cf. H. DE PAGE, II, 493, nr. 501 (“il faudra toujours soigneusement faire le départ entre ce qui dans le contrat lui-même a été expressément ou implicitement maintenu, et abandonné”). Zie kritisch over deze clausules: M.E. STORME, *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen: een onderzoek betreffende rechtsgrondslag, tekortkoming en rechtsverwerking bij overeenkomsten*, Brussel, Story-Scientia, 1990, 184-185, nr. 183. Zie voor de geldigheid van deze bedingen naar Nederlands recht: E. HONDIUS, “De ‘entire agreement’ clausule: Amerikaanse contractsbedingen in het Nederlandse recht” in J.B.J.M. TEN BERGE, G.H.J. VAN HOOFF, A. Ph. JASPERS

**Voorbeeld:** “This Agreement constitutes the entire agreement between the Parties pertaining to the subject matter of this Agreement and supersedes all prior agreements, understanding, negotiations and discussions, whether oral or written, of the Parties, and there are no warranties, representations or other agreements between any of them in connection with the subject matter of this Agreement except as specifically set forth in this Agreement”.

Een *entire agreement clause* beëindigt niet noodzakelijk alle voorafgaande afspraken tussen de partijen. De uiteindelijke overeenkomst heeft alleen voorrang op vroegere afspraken over dezelfde aangelegenheden (“pertaining to the subject matter of this agreement”). De zogenaamde *collateral agreements* blijven van kracht omdat zij (althans behoudens andersluidende regeling) buiten het toepassingsgebied van de clausule vallen.

De gevolgen van het onderscheid op basis van ‘*subject matter*’ worden treffend geïllustreerd door de rechterlijke interpretatiewerkzaamheden in de Amerikaanse zaak *Perricone v. Perricone*. Het echtpaar Nicholas en Madeleine Perricone treden uit de echt in september 2004. Zij gingen tijdens de gerechtelijke procedure, in november 2003, reeds een geheimhoudingsovereenkomst aan. Deze overeenkomst is bestemd om voort te duren niettegenstaande “the entry of judgment in the dissolution of marriage action or the settlement or withdrawal of the dissolution action”. De definitieve scheidingsakte stelt onder meer dat “it is the intention and desire of the parties that there be a complete, final and effective settlement of their respective rights and holdings” en dat de partijen “have incorporated in this agreement their entire understanding and no oral statement or prior written matter extrinsic to this agreement shall have any force or effect [...]. This agreement supersedes any and all prior agreements”. Nicholas verneemt enkele maanden later dat Madeleine van plan is om te verschijnen in een nationaal verspreid TV programma om haar verhaal te vertellen over haar ex-man en hun huwelijk. Hij wenst dit te voorkomen en beroept zich op de geheimhoudingsovereenkomst die volgens hem nog steeds van kracht is. Madeleine verweert zich echter met de stelling dat de *entire agreement clause* de geheimhoudingsovereenkomst heeft opgeheven. De rechtbank stelt Nicholas in het gelijk: “the relevant subject matter of the separation agreement was the division of property between the parties, while the subject matter of the confidentiality agreement was the disclosure of

---

en A.H.J. SWART (eds.), *Recht als norm en als aspiratie. Opstellen over recht en samenleving ter gelegenheid van het 350-jarig bestaan van de Utrechtse juridische faculteit*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1986, 24-34 en 29-33 in het bijzonder. Nog verregaandere *entire agreement* clausules kunnen tot doel hebben om de interpretatiewerkzaamheden van de rechter te beperken tot de interne elementen van de overeenkomst (m.a.w. met uitsluiting van de externe elementen). Dit is echter niet het uitgangspunt van deze clausules (cf. art. 2.1.17 Unidroit Principles; K. LEWISON, *The interpretation of contracts*, Londen, Sweet & Maxwell, 2007, 101; G. MCMEEL, *The construction of contracts*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 512; zie tevens B. GELOT, *Finalités et méthodes objectives d’interprétation des actes juridiques* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 2003, 166-169, nrs. 302-306). De beperking van de rechterlijke interpretatieprerogatieven is toegestaan (zie anders: Y. POULLET, (157) 187). De partijen kunnen hem zelf andere technieken aanreiken waarvan zij overeenkomen dat zij de correcte methode zijn voor het achterhalen van hun reële wil of overeenkomen dat bepaalde elementen helemaal niet bruikbaar zijn voor deze reële wil. De gemeenrechtelijke interpretatieregels zijn naar Belgisch recht weliswaar dwingend voor de rechter. Men dient echter vast te stellen dat zij noch de fundamentele belangen van de staat of de goede zeden aanbelangen, noch specifiek tot doel hebben om een zwakkere partij te beschermen (dit kan wel het geval zijn bij specifieke beschermingsregels die een interpretatievoorkeur instellen voor een bepaalde partij – bv. art. 40, §2 WMPC; oud art. 31, §4 WHPC). Het gaat slechts om neutrale instructies die de rechter moet hanteren om de wil van de partijen te achterhalen.

information concerning the parties' property and the parties themselves". Bovendien achtte de rechtbank het zeer onwaarschijnlijk dat Nicholas zou instemmen met een alimentatieregeling gebaseerd op de normale waarde van zijn handelsactiviteiten indien Madeleine deze waarde onmiddellijk zou mogen aantasten door de openbaarmaking van geheime informatie: "It is far more likely that the defendant agreed to keep information concerning the plaintiff and his business confidential permanently in exchange for a property settlement that reflected the full value of the business, unaffected by any disclosure of negative or confidential information, and the plaintiff agreed to a property settlement based on that value in exchange for the defendant's perpetual silence"<sup>281</sup>.

De concrete formulering van de (overeenkomst met) *entire agreement clause* kan zodanig ruim zijn dat de *subject matter* zich uitstrekt tot alle aspecten van een bepaalde verhouding. Ook de formulering van de reeds bestaande geheimhoudingsovereenkomst kan het toepassingsgebied van de *entire agreement clause* beïnvloeden.

Clyde Mount is een ex-manager van Suresource. Hij heeft in 1998 een geheimhoudingsovereenkomst gesloten naar aanleiding van zijn indiensttreding bij dit bedrijf. In 2003 zijn de relaties tussen Mount en de eigenaar van het bedrijf (Todd Holson) ernstig verslechterd en hij wordt ontslagen. Dit ontslag wordt in gemeen overleg geregeld via een door Holson opgestelde "Separation Agreement and General Release". De preambule van deze overeenkomst stelt dat "the Company and the Employee intend the terms and conditions of this Agreement to govern all issues related to the Employee's employment and separation from employment with the Company". Zij bevat verder een aantal afspraken over geheimhouding (i.v.m. het niet slechtmaken van de onderneming en de geheimhouding van de inhoud van de *Separation agreement*) en tevens een clausule die stelt dat "This agreement constitutes the entire understanding between the parties". Nadien ontstaat betwisting over het voortbestaan van de eertijds gesloten geheimhoudingsovereenkomst. De rechtbank oordeelt hierbij dat de *entire agreement clause* van de *separation agreement* een einde stelt aan de vroegere geheimhoudingsovereenkomst. Zij motiveert deze beslissing vanuit de vaststelling dat het lot van deze overeenkomst niet uitdrukkelijk wordt geregeld in de *separation agreement* terwijl de geheimhoudingsovereenkomst uitdrukkelijk voorziet in een beëindigingsmogelijkheid via een door Holson aanvaard geschrift<sup>282</sup>.

**70. Contractualisering van de wijze waarop wordt aanvaard – *amendment of no oral modification clause*.** De partijen kunnen daarnaast voorzien in een zogenaamde *amendment of no (oral<sup>283</sup>) modification clause* (in de Franstalige rechtsterminologie: *clause de forme*). Deze clausule voorziet in formaliteiten voor de aanvaarding van wijzigingen<sup>284</sup> aan de reeds bestaande overeenkomst. Daar waar een *entire agreement*

---

<sup>281</sup> Supreme Court Connecticut 23 juni 2009, *Nicholas Perricone v. Madeleine Perricone*, 2009 WL 1661279 (Conn.).

<sup>282</sup> Supreme Court Connecticut 14 maart 2005, *Suresource v. Sendirect*, WL 895845 (Conn. Super.).

<sup>283</sup> De *boilerplate* modificatieclausule voorziet in de verplichting om mondelinge wijzigingen schriftelijk vast te leggen. Het vereiste geschrift wordt daarbij meestal opgevat als een onderhandse akte. Op zich zouden echter alle denkbare vormvereisten het voorwerp kunnen uitmaken van een clausule inzake vormvereisten, of het nu gaat om meer of minder verregaande vereisten dan een onderhandse akte (bv. een verplichting tot vastlegging in een authentieke akte).

<sup>284</sup> De wijziging van een overeenkomst hoeft niet te bestaan uit de wijziging van een bestaand beding. Ook de aanvulling van de overeenkomst met nieuwe bedingen komt neer op de wijziging van de oorspronkelijke versie van de overeenkomst. Formaliteitsclausules kunnen (bv. in een

*clause* stelt dat contractuele verplichtingen alleen mogen worden afgeleid uit de vier hoeken van de uiteindelijke overeenkomst, biedt een “formaliteitenclausule” de mogelijkheid om vast te leggen hoe bijkomende afspraken kunnen worden opgenomen in de overeenkomst. De overeengekomen formaliteit kan bijvoorbeeld bestaan uit de verplichting om de wijziging vast te leggen in een onderhandse akte.

**Voorbeeld:** “No amendment or variation to this agreement shall take effect unless it is in writing, signed by authorised representatives of each of the Parties”<sup>285</sup>.

De effectiviteit van dergelijke clausules wordt soms in vraag gesteld<sup>286</sup>, ook in het buitenland. De meerderheidsopvatting in de *common law* rechtstelsels is dat *no oral modification clauses* in beginsel niet effectief zijn. De *common law* heeft namelijk een regel die stelt dat een latere wilsovereenstemming van partijen altijd voorrang heeft op de eerdere wilsovereenstemming. Partijen kunnen hun *no oral modification clause* bijgevolg steeds in gemeen overleg opzij schuiven via latere afspraken (*modification*), zelfs al voldoen hun wilsuitingen hierover niet aan de overeengekomen formaliteiten<sup>287</sup>. Bovendien kan één van de partijen afstand doen van de clausule

---

voorovereenkomst of een kaderovereenkomst) *mutatis mutandis* ook worden bedongen als poging om de initiële totstandkoming van een overeenkomst aan conventionele formaliteiten te koppelen.

<sup>285</sup> M. ANDERSON en V. WARNER, *A-Z Guide to Boilerplate and Commercial Clauses*, Haywards Heath, Tottel Publishing, 2006, 38.

<sup>286</sup> Zie bv. naar Belgisch recht: Gent 18 maart 2009, *DAOR* 2009, 381, noot S. DUGARDYN. Een overeenkomst bevat een modificatieclausule die stelt dat aanpassingen alleen kunnen gebeuren in een door alle partijen ondertekend geschrift. Een eerste overweging van het hof is terecht: deze clausule heeft alleen betrekking op aanpassingen van (of toevoegingen aan) de inhoud van de overeenkomst. De partijen kunnen ook relaties aanknopen die volledig los van deze overeenkomst staan en daarvoor geldt de modificatieclausule niet. De tweede overweging kan echter niet worden bijgetreden. Het hof stelt dat, zelfs indien de wijziging betrekking zou hebben op de overeenkomst, de factuur voorrang krijgt op de oorspronkelijke overeenkomst omdat men er een feitelijk vermoeden van aanvaarding kan uit putten. Dit is inderdaad het gemeenrechtelijke uitgangspunt aangezien het bewijs in handelszaken vrij is. Men mag echter niet uit het oog verliezen dat deze bewijsregels niet van openbare orde of dwingend recht zijn. Het staat de partijen volledig vrij om ervan af te wijken. Dit hebben de partijen bij het geschil in kwestie net gedaan in de vorm van hun modificatieclausule. Het hof had bijgevolg beter in eerste instantie nagaan of de overeengekomen formaliteiten *ad probationem* dan wel *ad solemnitatem* waren overeengekomen. Indien ze *ad solemnitatem* waren, had het hof kunnen nagaan of er sprake was van een afstand van het recht om zich op de clausule te beroepen. Indien ze louter *ad probationem* waren, had het hof zich inderdaad kunnen afvragen in welke mate het stilzwijgen neerkwam op de uiting van een aanvaarding. Hij mocht hier niet vertrekken van het gemeenrechtelijke uitgangspunt inzake het bewijs in handelszaken om dan na te gaan of de wijziging stilzwijgend was aanvaard aangezien de partijen hierover net een afwijkende regeling waren overeengekomen (zie tevens voor een kritische analyse van dit arrest: S. DUGARDYN, “Een beperkte draagwijdte voor de *no oral modification clause* als bewijsclausule in het Belgische handelsrecht?” (noot onder Gent 18 maart 2009), *DAOR* 2009, (385) 387). Niettemin staat het Gentse hof van beroep niet alleen in zijn visie. Zij strookt immers volledig met de meerderheidsopvattingen in de *common law* en het Duitse recht dat de partijen in beginsel zelfs vormvrij kunnen terugkomen op hun *no oral modification clause*.

<sup>287</sup> Cf. de opvattingen van de rechtspraak in de Verenigde Staten zoals geanalyseerd door Farnsworth: A. FARNSWORTH, *Farnsworth on Contracts*, New York, Aspen Publishers, 2004, II, 258, §7.6 *et seq.* (“Courts reasoned that any prior agreement, including the no-oral-modification clause itself, can be modified by a later agreement”)); zie ook B. HASKEL, “Amendment and waiver” in T. STARK (ed.), *Negotiating and drafting contract boilerplate*, New York, ALM Publishing, 2003, (505) 511-513; V. WELLMAN, “Essay: the unfortunate quest for magic in contract drafting”, 52 Wayne L. Rev. 1101, 1112-1115 en 1120-1121; M. BRINKLEY, “The regulation of contractual change: a guide to no oral modification clauses for North Carolina lawyers”, 81 N. C. L. Rev. 2239. Deze manier van wijziging

(waiver) of kan zij het recht verliezen om zich erop te beroepen indien zij de legitieme indruk heeft gewekt dat zij dit niet zou doen (*estoppel* wegens *reliance*)<sup>288</sup>. Specifieke *statutes* kunnen wel bepalingen bevatten die de *common law* regel opzij schuiven en zo *no oral modification clauses* toch beschermen tegen latere wilsovereenstemmingen die leiden tot *modifications* zonder te voldoen aan de overeengekomen vormvereisten<sup>289</sup>.

Het Duitse recht heeft als uitgangspunt dat conventionele formaliteiten (in de Duitse rechtsterminologie: *Formklausel* of *Schriftformklausel*) als geldigheidsvereisten zijn overeengekomen (zodat hun miskenning wordt gesanctioneerd met de nietigheid) tenzij een duidelijke wil tot het tegendeel wordt vastgesteld<sup>290</sup>. Dit is een interpretatiekwestie. Het reële toepassingsgebied van § 125 BGB is echter beperkter dan dit op het eerste zicht lijkt. Ook de meerderheidsopvatting in de Duitse rechtspraak aanvaardt namelijk dat een gezamenlijke wilsovereenstemming van de partijen om wijzigingen aan te brengen, ook al miskennen zij de overeengekomen formaliteiten<sup>291</sup>. Dit resulteert in een zogenaamde *formfreie Ausserkraftsetzung der Schriftformklausel*. De opgeworpen verklaringen hiervoor zijn dat de latere wil van de partijen altijd voorrang heeft op hun vroegere wil en dat een latere opheffing van een *Schriftformklausel* als “*actus contrarius*” onder dezelfde voorwaarden als de oorspronkelijke contractsluiting kan gebeuren (en dus net zoals de sluiting van de *Schriftklausel* vormvrij mag zijn)<sup>292</sup>. Een bijkomende beperking die specifiek geldt voor algemene voorwaarden in de zin van §§ 305-310 BGB is dat individuele

---

vereist in beginsel wel een eigen *consideration* (er zijn echter uitzonderingen op deze naar de *common law* gemeenrechtelijke *consideration* vereiste – zie bv. § 2-209 (1) Uniform Commercial Code).

<sup>288</sup> B. HASKEL, “Amendment and waiver”, (505) 513-514; V. WELLMAN, “Essay: the unfortunate quest for magic in contract drafting”, 52 Wayne L. Rev. 1101, 1115-1118. Zie ook S. HOLMES, “Stevens v. Publicis: the rise of ‘no e-mail modification’ clauses?”, 6 Wash. J. L. Tech. & Arts 67, 72-75.

<sup>289</sup> Zo bv. *General Obligations Law § 15-301 (1)* van de staat New York (zie voor een analyse in de rechtspraak: New York Court of Appeals 26 maart 2009, *Israel v. Surinder Chabra, Paran Realty en Howard Burns*, 2009 NY Int. 36) en § 2-209 (2) Uniform Commercial Code (zie voor een analyse o.m. US Court of Appeals (Seventh Circuit) 22 januari 1986, *Wisconsin Knife Works v. National Metal Crafters*, 781 F.éd 1280). De Uniform Commercial Code voorziet uitdrukkelijk in de mogelijkheid van een *waiver* van de schriftelijkheidsvereiste (§ 2-209 (4)). Zie voor een kritische analyse van § 2-209 Uniform Commercial Code: F. ROTHERMEL, “Role of course of performance and confirmatory memoranda in determining the scope, operation and effect of ‘no oral modification’ clauses”, 48 U. Pitt. L. Rev. 1239. Ook wijzigingen van overeenkomsten die onder het toepassingsgebied vallen van de zgn. *Statute of Frauds* van hun specifieke *common law* rechtstelsel kunnen onderworpen zijn aan een schriftelijkheidsvereiste voor wijzigingen (zie bv. voor North Carolina: H. BRINKLEY, (2239) 2272-2277).

<sup>290</sup> § 125 BGB (“Der Mangel der durch Rechtsgeschäft bestimmten Form hat im Zweifel gleichfalls Nichtigkeit zur Folge”). Zie tevens: K. REBMANN, F. J. SÄCKER en R. RIXECKER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2006, I/1, BGB § 125 [Nichtigkeit wegen Formmangels]; nr. 69; L. MICHALSKI, “Schriftformklauseln in Individual- und Formularverträgen”, *DStR* 1998, (771) 773; S. ROLOFF, “Vertragsänderungen und Schriftformklauseln”, *NZA* 2004, (1191) 1192.

<sup>291</sup> Cf. K. REBMANN, F. J. SÄCKER en R. RIXECKER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2006, I/1, BGB § 125 [Nichtigkeit wegen Formmangels], nr. 70; M. BLOCHING en D. ORTOLF, “Schriftformklauseln in der Rechtsprechung von BGH und BAG – Zukunfts- oder Auslaufmodell, insbesondere beim Schutz gegen betriebliche Übungen?”, *NJW* 2009, (3393) 3394; L. MICHALSKI, (771) 773; S. ROLOFF, (1191) 1193.

<sup>292</sup> O.m. BGH 12 december 2001, XII ZR 351/99 (KG), *NJOZ* 2002, 833.

afspraken in deze context altijd voorrang hebben op de algemene voorwaarden ook al bevatten deze laatsten een *Schriftformklausel* (§ 305b BGB)<sup>293</sup>.

Artikel 2:106 PECL en II.-4:105 DCFR voorzien dat de *no oral modification clause* (of andere clausules die vormvereisten invoeren) slechts een vermoeden invoert dat latere wijzigingen (of beëindigingen) die niet aan de bedongen vormvereisten voldoen ook niet bestemd zijn om de partijen te binden<sup>294</sup>. Artikel 2.1.18 van de UNIDROIT Principes en het artikel 29, 2) Weens Koopverdrag gaan, in afwijking van de principiële vormvrijheid die zij als uitgangspunt hanteren<sup>295</sup>, uit van de daadwerkelijke bindende kracht van deze clausule. Zowel de PECL, DCFR als de UNIDROIT Principes stellen in gelijkaardige bewoordingen dat een partij hoe dan ook het recht kan verliezen om zich op deze clausule te beroepen wanneer zij een legitieme indruk van het tegendeel wekt bij de medecontractant en in de mate dat deze laatste (redelijkerwijze) zijn vertrouwen heeft gesteld in die schijn (d.i. een klassieke *reliance* exceptie).

Ook naar Belgisch recht kan men in eerste instantie stellen dat partijen hun overeenkomst te allen tijde kunnen wijzigen zonder bijzondere formaliteiten. Op basis van artikel 1134 BW is een wilsovereenstemming immers voldoende voor de totstandbrenging van contractuele verplichtingen of de herroeping van reeds bestaande contractuele verplichtingen. Dit artikel stelt geen beperkingen aan de manier waarop deze wilsovereenstemming wordt bereikt, zodat partijen in beginsel vormvrij kunnen terugkomen op om het even welke afspraak. Die analyse -die steun vindt in het reeds aangehaalde arrest van het hof van beroep te Gent<sup>296</sup>- verliest echter uit het oog dat de contractpartijen op basis van de contractvrijheid die voortvloeit uit dezelfde wettelijke bepaling óók het recht hebben om bindende modaliteiten vast te leggen waaraan (wijzigingen aan) hun wilsuiting moet(en) voldoen. Deze bindende

---

<sup>293</sup> Zie o.m. BGH 28 april 1983, VII ZR 246/82, *NJW* 1983, 1853; M. BLOCHING en D. ORTOLF, (3393) 3395 *et seq.*; S. ROLOFF, (1191) 1195-1198. Zie tevens: L. MICHALSKI, (771) 773.

<sup>294</sup> Zie voor een zeer kritische analyse van deze regel: F. WAGNER-VON PAPP, "Are No Oral Modification Clauses Not Worth The Paper They Are Written On?", [papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1650501](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1650501), in het bijzonder 59-70. Deze auteur stelt vast dat deze regel de bindende kracht van de modificatieclausules uitholt. De clausule brengt immers uitsluitend een weerlegbaar vermoeden tot stand dat de partijen haar hebben willen respecteren. De partijen zullen daarbij niet alleen het bestaan van een wijziging moeten bewijzen, maar ook de wil om deze wijziging bindende kracht toe te kennen. Uit de commentaren bij de DCFR blijkt echter de mening dat de wil om een wijziging aan te brengen als dusdanig reeds zou volstaan om het vermoeden van de modificatieclausule te weerleggen, zelfs indien de partijen uitdrukkelijk een *non waiver* of zgn. dubbele modificatieclausule zijn overeengekomen (Ch. VON BAR en E. CLIVE (eds.), *Principles, definitions and model rules of European private law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, München, Sellier, 2009, I, 288). De auteur bekritiseert ook de *reliance* exceptie die voor deze regel geldt als een overbodige toevoeging. De werking van de uitzondering is als volgt. Een partij kan in trachten te bewijzen dat zij vertrouwd op een aan de medecontractant toerekenbare legitieme schijn dat de wijziging daadwerkelijk bindend zou zijn. De medecontractant mag zich in deze hypothese niet op de modificatieclausule beroepen. Het vermoeden dat de wijziging niet bindend is, verdwijnt hierdoor. De rechter dient bijgevolg het bindende karakter van de wijziging te onderzoeken zonder rekening te houden met enig vermoeden (maar wanneer men de mening van de DCFR commentaar volgt, heeft het vermoeden van een modificatieclausule hoe dan ook geen eigen bewijskracht aangezien de wil tot het aanbrengen van een wijziging als dusdanig zou volstaan als weerlegging).

<sup>295</sup> Art. 3.2 UNIDROIT Principes en art. 29, 1) Weens Koopverdrag.

<sup>296</sup> Gent 18 maart 2009, *DAOR* 2009, 381, noot S. DUGARDYN. Het onderzoek dat in dit randnummer gebeurt, leidt echter tot een andere conclusie.



kracht heeft tot gevolg dat een wilsuiking die *niet* voldoet aan deze formaliteiten in beginsel ook *niet* bindend zou mogen zijn voor de partijen<sup>297</sup>.

De vraag naar de effectiviteit van *no oral modification clauses* in het weren van mondelinge wijzigingen aan de overeenkomst verdient dan ook verder onderzoek naar Belgisch recht. Zoals vastgesteld, is het gemeenrechtelijke uitgangspunt in ons recht dat de totstandkoming van een wilsovereenstemming aan geen enkele vormvereiste is onderworpen. Eventuele formaliteiten (bv. 1341 BW en 2044 BW) gelden in deze context slechts als bewijsregels en niet als geldigheidsvereisten. Plechtige rechtshandelingen, waarbij de rechtshandeling slechts bestaat indien de wilsovereenstemming voldoet aan de door de wetgever opgelegde formaliteiten, zijn de uitzondering. Het hoeft dan ook niet te verbazen dat de problematiek van de mondelinge wijzigingen in het gemene recht slechts een bewijskwestie is. Zij binden de partijen als wet in de mate dat de partij die er zich op wenst te beroepen erin slaagt om hun bestaan te bewijzen. De wijziging is hier immers een nieuwe wilsovereenstemming die voorrang heeft op de oudere. *No oral modification clauses* hebben precies tot doel om deze principiële voorrang te neutraliseren.

De effectiviteit van deze clausules hangt in eerste instantie af van de doelstelling van de partijen, namelijk of zij de formaliteiten *ad probationem* (in de Duitse rechtsterminologie: declaratoir) of *ad solemnitatem* (constitutief) bedingen<sup>298</sup>. Zij kunnen enerzijds slechts tot doel hebben om de bewijsregeling verstrengen en zo bijvoorbeeld af te wijken van de soepelere bewijsregels in het handelsrecht. De partijen voorzien dan in deze context een bewijsregel die vergelijkbaar is met artikel 1341 BW in burgerlijke zaken, meer bepaald dat een geschrift vereist is voor bepaalde zaken (*in casu* het bewijs van wijzigingen aan een bestaand geschrift). Dergelijke bewijsafspraken zijn geldig aangezien noch het burgerrechtelijke bewijsrecht, noch de soepelere bewijsregeling in het handelsrecht van openbare orde is. De doelstelling van de partijen blijft in deze hypothese beperkt tot het verstrengen van de bewijsregeling. Zij gelden slechts *ad probationem* en niet *ad solemnitatem*. De wilsovereenstemming bestaat bijgevolg en kan daardoor ook nog op andere manieren worden bewezen, bijvoorbeeld de door buitengerechtelijke bekentenis die af te leiden valt uit de daadwerkelijke en vrijwillige naleving van de latere mondelinge wijzigingen.

Anderzijds kunnen de partijen tot doel hebben om de bindende kracht van latere wilsovereenstemmingen als dusdanig te onderwerpen aan verplichte formaliteiten zoals de opschriftstelling. Het stipuleren van dergelijke verplichte formaliteiten

---

<sup>297</sup> M.-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 1975, 88 ("Sans doute, la forme devient-elle alors obligatoire, mais c'est par l'effet de la convention qu'elles ont librement conclue. [...] La convention légalement formée leur tient lieu de loi (art. 1134 C. Civ.). [...] Il n'y a donc pas exception au principe du consensualisme [...], mais bien au contraire application de ce principe").

<sup>298</sup> In geval van twijfel over de bedoeling van de partijen dient, volgens sommige auteurs, de voorkeur te worden gegeven aan een interpretatie *ad probationem* omdat dit het gemeenrechtelijke uitgangspunt is. Frankrijk: M. ZAKI, "Le formalisme conventionnel illustration de la notion de contrat-cadre", *RIDC* 1986, (1043) 1049.

resulteert in zogenaamde subjectief plechtige rechtshandelingen<sup>299</sup> (bij objectief plechtige rechtshandelingen is het de wetgever die de formaliteiten oplegt) waarbij de vormvereisten *ad solemnitatem* gelden<sup>300</sup>. De niet-naleving van de voorgeschreven formaliteiten verhindert in deze hypothese de totstandkoming van de wilsovereenstemming. Een dergelijke afspraak bindt de partijen *in beginsel* zonder meer als wet op basis van de contractvrijheid. Het uitgangspunt dat wilsovereenstemmingen vormvrij tot stand komen is immers niet van openbare orde naar Belgisch recht<sup>301</sup>. Het is slechts een uitgangspunt waarvan de partijen mogen afwijken. Een voorbeeld kan dit verduidelijken. Stel dat het aantal mogelijke manieren om uiting te geven aan een wilsovereenstemming beperkt zou zijn tot 100. De partijen komen vervolgens overeen dat uitsluitend wilsuitingen 1 tot 50 kunnen leiden tot een wilsovereenstemming met bindende kracht. Wilsuitingen 51 tot 100 zijn dan niet bindend. De rechter mag hen in beginsel niet in aanmerking nemen als bron voor het bepalen van de contractuele rechten en plichten tussen de partijen.

De rechtsfiguur van de contractvernieuwing lijkt hierbij geen fundamenteel obstakel te zijn voor de werking van *no oral modification clauses*<sup>302</sup>. Men zou kunnen stellen dat partijen in gemeen overleg hun oude overeenkomst kunnen opheffen en mondeling een volledig nieuwe, gewijzigde overeenkomst in de plaats kunnen stellen. Ook dit argument stuit uiteindelijk echter op het bezwaar dat partijen vooraf in gemeen overleg kunnen overeenkomen dat toekomstige, van de vastgelegde wilsovereenstemming afwijkende wilsuitingen aan bepaalde formaliteiten moeten voldoen. Het maakt daarbij *in se* niet uit of de wijzigingen worden aangebracht aan de bestaande overeenkomst, dan wel of zij worden geïntroduceerd in de vorm van een volledig nieuwe overeenkomst. De werking van deze clausules hoeft met andere woorden niet beperkt te blijven tot wijzigingen die rechtstreeks worden aangebracht in de overeenkomst waarin zij zijn opgenomen, zij zouden ook betrekking kunnen hebben op inhoudelijke overlappingsen met overeenkomsten die later tot stand komen.

De partijen behouden wel het recht om afstand te doen van hun contractuele rechten in een concreet geval<sup>303</sup> (die bv. kan worden afgeleid uit het feit dat de mondeling gewijzigde overeenkomst vervolgens conform de wijziging is uitgevoerd<sup>304</sup>) en zij kunnen ook de legitieme indruk hebben gewekt zich niet op de formaliteiten te zullen

---

<sup>299</sup> H. DE DECKER, “De ‘subjectieve’ plechtige rechtshandeling: onbekend maakt onbemind?”, (439) 443.

<sup>300</sup> Frankrijk: M. ZAKI, (1043) 1049.

<sup>301</sup> Cf. H. DE DECKER, “De ‘subjectieve’ plechtige rechtshandeling: onbekend maakt onbemind?”, (439) 444.

<sup>302</sup> Zie echter anders op basis van California Civil Code § 1698(d): US Court of Appeals (Ninth Circuit) 14 juli 2005, *Fanucchi & Limi Farms v. United Agri Products*, 414 F.3d 1075.

<sup>303</sup> Een afstand kan in beginsel vormvrij gebeuren: F. DREIFUSS-NETTER, *Les manifestations de volonté abdicatives* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 1985, 73; B. NUYTTEN, “Les clauses de forme dans les actes et contrats préparatoires à la vente d’immeubles”, *RDC* 2004, 531, titel C. Zie verder over de notie afstand naar Frans recht: P. RAYNAUD, “La renonciation à un droit”, *RTD Civ.* 1936, 763-809.

<sup>304</sup> Zie M. ZAKI, “Le formalisme conventionnel illustration de la notion de contrat-cadre”, *RIDC* 1986, (1043) 1095-1096; M.-A. GUERRIERO, *L’acte juridique solennel* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 1975, 87-89. Vgl. m.b.t. de afstand in het algemeen: F. DREIFUSS-NETTER, *Les manifestations de volonté abdicatives* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 1985, 117.

beroepen in een concreet geval<sup>305</sup>. Dit tast de algemene bindende kracht van de formaliteiten niet aan, maar betreft slechts het recht om zich daarop te beroepen in een concreet geval. De *no oral modification clause* blijft hierbij in het algemeen van kracht<sup>306</sup>, maar de concrete wijziging bindt de partijen wel uitzonderlijk toch als wet. De problematiek verschuift daarbij van de vraag over de algemene bindende kracht van de formaliteiten naar het bewijs van de concrete afstand ervan. Het bewijs van afstand is moeilijker te leveren omdat afstand niet wordt vermoed<sup>307</sup>. Men zou echter kunnen stellen dat bijvoorbeeld het jarenlang tolereren van een gewijzigde contractsuitvoering op basis van een mondeling overeengekomen wijziging resulteert in een afstand van de *no oral modification clause* voor de wijziging in kwestie. De partijen kunnen zich hiertegen trachten in te dekken via een *non waiver clause*<sup>308</sup> (te vergelijken met de zogenaamde *qualifizierte* of *doppelte Schriftformklausel* naar Duits recht<sup>309</sup>) die stelt dat elke afstand schriftelijk moet worden vastgelegd. Ook dergelijke

---

<sup>305</sup> S. DUGARDYN, “Een beperkte draagwijdte voor de *no oral modification clause* als bewijsclausule in het Belgische handelsrecht?”, (385) 386. Zie naar Amerikaans recht: B. HASKEL, “Amendment and waiver” in T. STARK (ed.), *Negotiating and drafting contract boilerplate*, New York, ALM Publishing, 2003, (505) 510. Het loutere feit dat een partij niet onmiddellijk van haar recht gebruik maakt, impliceert naar Belgisch recht echter niet dat zij dit recht zou verliezen. Rechtsverwerking is namelijk geen (autonoom) algemeen rechtsbeginsel in ons recht. Zie o.m. Cass. 17 mei 1990, *Arr. Cass.* 1989-90, 1188; Cass. 20 februari 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 583; Gent 13 oktober 2008, *NjW* 2009, 508, noot MD; Arbh. Brussel 29 oktober 2009, *JTT* 2010, 104. Zie ook Cass. 6 december 1991, *Arr. Cass.* 1991-92, 315; Cass. 5 juni 1992 *Arr. Cass.* 1991, 941; Cass. 1 oktober 1993, *Arr. Cass.* 1993, 787; Cass. 6 november 1997, *Arr. Cass.* 1997, 1092. Het kan daardoor niet als zelfstandige rechtsgrond worden opgeworpen voor het Hof van Cassatie. Een contractspartij moet haar recht wel te goeder trouw uitoefenen en concrete gedragingen van de rechthebbende, zoals het langdurig (en zonder rechtvaardiging) talmen met de uitoefening van een recht, kunnen resulteren in rechtsmisbruik (zie o.m. Arbh. Bergen 6 december 2005, *RRD* 116, noot S. GILSON; Rb. Antwerpen 22 december 2009, *RW* 2010-11, 290; Kh. Brussel 19 mei 2008, *RW* 2008-09, 1486, verwijzende noot; Kh. Dendermonde 4 april 2008, *DAOR* 2009, 56, verwijzende noot; Vred. St.-Truiden 16 oktober 2007, *T. Vred.* 2009, 302; Vred. Westerlo 2 april 2007, *RW* 2009-10, 82, verwijzende noot). Zie voor een recente analyse o.m.: S. STIJNS en I. SAMOY, “La confiance légitime en droit des obligations” in S. STIJNS en P. WERY (eds.), *De bronnen van niet-contractuele verbintenissen*, Brugge, die Keure, 2007, (47) 54-56 en 91-92. Zie ook de standaardreferentie voor deze materie: P. VAN OMMEFLAGHE, “Rechtsverwerking en afstand van recht”, *TPR* 1980, 735-791. Het fundamentele verschil tussen afstand van recht *sensu stricto* en rechtsverwerking is dat de eerste rechtsfiguur gebaseerd is op de wil van de partij die afstand doet, terwijl de tweede gebaseerd is op een objectieve analyse van de gedragingen van de rechthebbende.

<sup>306</sup> Men kan ook trachten aan te tonen dat de partijen in gemeen overleg zijn overeengekomen om de formaliteitenclausule in het algemeen te herroepen, zodat geen enkele toekomstige wijziging nog aan de vormvereisten is onderworpen. Wanneer men de bindende kracht van formaliteitenclausules echter aanvaardt, komt men tot de vaststelling dat een dergelijke aanpassing ook als dusdanig onder het regime van de formaliteitenclausule ressorteert. Het is immers evenzeer een wijziging van de overeenkomst. Een globale herroeping van de formaliteitenclausule zou dan moeten voldoen aan de formaliteiten opdat zij de partijen zou binden als wet. De partijen echter ook in deze hypothese afstand doen van hun recht om zich op de formaliteiten te beroepen, zodat de herroeping toch een algemene draagwijdte kan krijgen zonder zelf te voldoen aan de formaliteiten (indien het bewijs wordt geleverd van zowel de wil tot herroeping als de wil tot afstand van de formaliteitenclausule). De rechter mag echter niet al te snel een wil tot globale herroeping afleiden uit een afstand van de vormvereisten die gebeurde t.a.v. een specifieke wijziging.

<sup>307</sup> Cf. de verwijzingen in voetnoot 1457.

<sup>308</sup> Zie voor Frankrijk in dezelfde zin: W. DROSS, *Clausier*, 235-236.

<sup>309</sup> Deze clausules kunnen ook betrekking hebben op de gezamenlijke opheffing van de *Schriftformklausel* en zijn bijgevolg niet beperkt tot de louter eenzijdige afstand ervan in een concreet geval. De effectiviteit van deze clausules is reeds aanvaard door de Duitse rechtspraak, al is de precieze draagwijdte van deze beslissingen enigszins betwist: BAG 24 juni 2003, 9 AZR 302/02, *NjW* 3727; BGH 2 juni 1976, VIII ZR 97/74, *NjW* 1976, 1395; M. BLOCHING en D. ORTOLF, (3393) 3394 (de

clausules zijn geldig. Noch de bewijsvoering in burgerlijke zaken, noch de bewijsvoering in handelszaken is immers van openbare orde, zodat partijen in staat zijn om afwijkende afspraken uit te werken. In theorie resulteert dit in een waterdichte bescherming tegen de miskenning van plechtige vormvoorschriften. Het algemene verbod op rechtsmisbruik dat in ons recht geldt, blijft echter nog steeds van kracht voor dergelijke contractuele afspraken. Het jarenlange tolereren van een gewijzigde uitvoering op basis van een mondelinge overeenkomst kan bijvoorbeeld op basis van de matiging van manifest onredelijke rechtsuitoefeningen nog steeds leiden tot het verlies van het recht om zich op de *no oral modification clause* en de *non waiver clause* te beroepen in een concreet geval. De partij die zich wenst te beroepen op de bindende kracht van een mondelinge wijziging, beschikt bijgevolg zelfs in de strengere opvatting over de bindende kracht van formaliteiten- en afstandsclausules over een waterkans dat de rechter de formaliteiten weigert toe te passen op basis van de specifieke omstandigheden.

**Voorbeeld:** “No party will be deemed to have waived the exercise of any right that it holds under this Agreement unless such waiver is made in writing. No waiver made with respect to any instance involving the exercise of any such right will be deemed to be a waiver with respect to any other instance involving the exercise of the right or with respect to any other such right”.

**71. Contractualisering van de wijze waarop wordt aanvaard – *most favoured (party) clause*.** De *most favoured (party) clause* is een bijzondere verschijningsvorm van de *amendment clause*. De *most favoured clause* is een clausule die vaak voorkomt in interstatelijke handelsovereenkomsten<sup>310</sup>. Zij levert (één van) de partijen het recht op om te contracteren aan de meest gunstige voorwaarden die de medecontractant heeft toegestaan aan andere contractpartijen in gelijkaardige overeenkomsten<sup>311</sup>. Dit betekent hetzij dat de meester van het geheim vanaf dan geen gunstigere contractvoorwaarden meer mag toestaan aan derden, hetzij dat de begunstigde van de clausule zijn overeenkomst automatisch aangevuld ziet wanneer zijn medecontractant een gunstigere regeling toestaat in een andere overeenkomst. Deze clausules (en vnl. het type met de automatische aanpassing) zijn af te raden voor de meester van het geheim. Hij verliest hiermee immers de mogelijkheid om een op maat gemaakt geheimhoudingsregime uit te werken voor elk van zijn contractpartijen. Zo kunnen bepaalde contractpartijen meer of minder betrouwbaar zijn. Dit kan zich vertalen in de wens om deze laatsten aan een strenger geheimhoudingsregime te onderwerpen. De

---

auteurs halen als voorbeeldclausule aan: “Das Schriftformerfordernis gilt auch für die Aufhebung des Schriftformerfordernisses”); S. ROLOFF, (1191) 1194-1195. Zie ook in de context van het Duitse arbeidsrecht: S. LINGEMANN en M. GOTHAM, “Doppelte Schriftformklausel – gar nicht einfach!”, *NJW* 2009, 268-272. Ook deze “dubbele schriftclausules” mogen niet ingaan tegen de regel van § 305b BGB (dat individuele *afspraken* voorrang moeten krijgen op algemene) en zij *kunnen* onwerkzaam blijken op basis van § 307 BGB: zie over deze nuances o.m. BAG 20 mei 2008, 9 AZR 382/07, *NZA* 2008, 1233.

<sup>310</sup> M.a.w. bij internationale handelsovereenkomsten tussen publiekrechtelijke entiteiten. Cf. P. MATHIAS en S. POLLARD, *The Cambridge Economic History of Europe*, Cambridge, University Press, 1989, VIII, 38-39.

<sup>311</sup> A. KREIS, *Le savoir-faire (know-how) et sa transmission entre entreprises en vue de la reproduction d'une réalisation de technologie industrielle commercialisée*, thèse universiteit Parijs II, 1985, II, 448-450; I. KIRMAN, *M&A and Private Equity Confidentiality Agreements Line by Line*, s.l., Thomson, 2008, 73-74.

*most favoured* clause (met automatische aanpassingsregeling) zal de overeenkomst echter omzetten naar de meest gunstige regeling voor de medecontractant. Voor de informatieverkrijger kan het dan weer nuttig zijn om te bedingen dat hij bepaalde handelingen kan stellen indien de meester van het geheim daartoe de toestemming geeft aan andere contractanten, zoals het recht om de informatie in sublicentie door te geven bij licentieovereenkomsten of het recht op een gunstigere *standstill* regeling bij onderhandelingen. Een ander voordeel voor de geheimplichtige is dat zijn geheimhoudingsplicht niet langer zal duren dan de kortste geheimhoudingsduur die de meester van het geheim bedingt in de geheimhoudingsafspraken die hij met derden aangaat<sup>312</sup>.

De hieronder aangehaalde *most favoured* clause verbijzondert dat dit voorrecht alleen wordt toegestaan met betrekking tot de *know how* die het voorwerp uitmaakt van de overeenkomst als dusdanig. Andere informatie waarover de meester van het geheim beschikt, is bijgevolg niet gedekt door deze clause. Dit laat de meester van het geheim nog toe om verschillende geheimhoudingsmodaliteiten te stipuleren wanneer het gaat om verschillende types informatie.

**Voorbeeld:** “X (le transmetteur de savoir-faire) ne conclura pas d’accord de savoir-faire pour le même objet à des conditions qui apparaîtraient comme plus avantageuses pour le co-contractant correspondant que celles consenties à Y (le bénéficiaire de savoir-faire) en vertu du présent contrat” [bij een automatische aanpassing te vervullen met: “sans avoir accordé à Y le bénéfice des mêmes conditions ou de conditions équivalentes”]<sup>313</sup>.

De bindende kracht van al deze bedingen vereist hoe dan ook dat zij zelf werden aanvaard. Zoniet gaat het om eenzijdige voorstellen die niet bindend zijn voor de partij aan wie zij worden gericht.

**72. Eenzijdige beperkingen aan de wijze waarop wordt aanvaard.** De formaliteiten kunnen daarnaast voortvloeien uit de eenzijdige wilsuiking van de aanbieder<sup>314</sup>. Zijn aanbod is immers te nemen of te laten door de bestemming ervan. Wanneer de aanbieder de mededeling van de aanvaarding verbindt aan de vervulling van bepaalde formaliteiten, zoals de verzending van de aanvaarding via aangetekende brief, dan moet de bestemming zich daarbij neerleggen *indien en voor zover hij wenst in te gaan op het aanbod*. De aanbieder mag slechts bepalen op welke manier het aanbod wel of niet kan worden aanvaard. Dit geeft hem niet de mogelijkheid om het gedrag van de medecontractant eenzijdig te interpreteren (*infra* randnr. 76). Hij kan bijvoorbeeld meedelen dat de betreding van een terrein met duidelijk zichtbaar geafficheerd exoneratiebeding *wat hem betreft volstaat* als aanvaarding, maar dit betekent nog niet dat de bezoeker het beding effectief aanvaardt door het stellen van deze handeling.

### 3.3.2 Stilzwijgende aanvaarding

<sup>312</sup> K. NAMIKAWA, “Problems in Secrecy Agreements”, *Les Nouvelles* 1982, (158) 160.

<sup>313</sup> A. KREIS, II, 448, nr. 268.

<sup>314</sup> Zie onder meer E. MURRAY, *Corbin on Contracts Desk Edition*, 3-25, §3.08[4].

**73. De vaststelling van een stilzwijgende aanvaarding is een feitenkwestie.** De uitleg van een stilzwijgen is eveneens een feitenkwestie die onderworpen is aan de soevereine beoordeling van de feitenrechter<sup>315</sup>. Een voorvereiste voor de stilzwijgende aanvaarding is dat de bestemming minstens beschikte over een redelijke mogelijkheid tot kennisname (*supra* randnr. 49). Men kan niet onrechtstreeks aanvaarden waarvan men (nog) niet redelijkerwijze op de hoogte kan zijn<sup>316</sup>. De wilsuiting van de tegenpartij moet bovendien ernstig, vast en voldoende precies zijn. Men kan niet aanvaarden indien de contractuele doelstelling van de mededeling niet duidelijk is<sup>317</sup>. Bij de beoordeling van de kennisname en het impliciete (of stilzwijgende) karakter van de aanvaarding mag niet uit het oog worden verloren dat het in de praktijk ongebruikelijk is om bepaalde communicatietechnieken, zoals disclaimers en borden, te percipiëren als een volwaardig aanbod. Het is daardoor minder evident voor een aanbieder die gebruik maakt van dergelijke technieken om zich op een legitieme schijn van kennisname of aanvaarding te beroepen, zodat hij de beoogde draagwijdte van zijn mededeling duidelijk dient te communiceren.

**74. Loutere (redelijke mogelijkheid tot) kennisname staat niet gelijk aan aanvaarding.** De (redelijke mogelijkheid tot) kennisname van een aanbod impliceert nog geen aanvaarding. De (redelijke mogelijkheid tot) kennisname en de aanvaarding van het aanbod zijn afzonderlijke vereisten die elk vervuld moeten zijn voor de contractsluiting. De ontvanger is pas gebonden indien hij na de kennisname vrijwillig instemt met de disclaimer. Het loutere feit van de kennisname resulteert nog niet in aanvaarding<sup>318</sup>. Anders oordelen is strijdig met artikel 1108 BW en zou elk nut aan de toestemmingsvereiste ontnemen. Het onderscheid tussen beide vereisten heeft tot gevolg dat een aanvaarding niet mag worden gebaseerd op de loutere mededeling van een aanbod. De mededeling maakt een aanvaarding mogelijk, maar deze moet als

<sup>315</sup> Cass. 29 september 1932, *Pas.* 1932, I, 255.

<sup>316</sup> Brussel 9 mei 1990, *JLMB* 1990, 1490; Gent 16 juni 1956, *RW* 1956-57, 1648, adv. O.M.; Kh. Mechelen 25 juni 1999, *TBBR* 1999, 589.

<sup>317</sup> Zie ook naar (federal) Amerikaans recht: US Court of Appeals (Second Circuit) 1 oktober 2002, *Specht v. Netscape Communications Corporation*, 306 F.3d 17, 31 en naar Californisch recht: Court of Appeal California (Second District, div. 4) 30 mei 1972, *Windsor Mills v. Collins & Aikman Corp.*, 25 Cal. App.3d 987, 993; Supreme Court of California 16 december 1962, *Steven v. Fidelity and casualty company of New York*, 58 Cal.2d 862, 881; Court of Appeal California (Second District, div. 2) 2 maart 1954, *India Paint and Lacquer Company v. United Steel Products Corporation*, 267 P.2d 408, 610-611; Supreme Court of California, 19 juni 1919, *Los Angeles Investment Company v. Home savings bank of Los Angeles*, 180 Cal. 601, 612-614.

<sup>318</sup> Brussel 3 december 2001, *RW* 2004-05, 627 (in een overeenkomst wordt geen verwijzing opgenomen naar de algemene voorwaarden die op de achterkant van het document zijn afgedrukt. De partij die deze voorwaarden heeft opgenomen toont hierbij niet aan dat deze voorwaarden deel uitmaken van de overeenkomst. De loutere mogelijkheid tot kennisname toont nog geen aanvaarding van deze voorwaarden aan); Luik 12 april 1991, *JLMB* 1991, 835, noot T. BEGUIN; Luik 21 december 1960, *Pas.* 1961, II, 228 (“qu'en effet, à supposer même -quod non- qu'il serait établi que les époux Henri-Jaspar ont lu la mention [...], encore faudrait-il prouver qu'ils ont, sans aucune équivoque, marqué par leur comportement qu'ils y consentaient”); Kh. Oostende 27 april 1965, *RW* 1964-65, 2033; Kh. Brussel 14 juni 1947, *TBH* 1949, 28 (“qu'a supposer établi que la demanderesse ait lu l'avis, il n'en résulterait pas nécessairement qu'elle ait marqué son accord [...]”); Kh. Oostende 7 augustus 1930, *RGAR* 1930, 657. Vgl. Cass. 17 oktober 1975, *Pas.* 1976, I, 224 (algemene voorwaarden binden de partijen slechts mits aanvaarding. De aanvaarding kan zowel uitdrukkelijk als stilzwijgend gebeuren); G. BAUDRY-LACANTINERIE en L. BARDE, XII, 41, nr. 29.

dusdanig worden vastgesteld op basis van een bijkomende handeling van de bestemming of op basis van bijkomende omstandigheden zoals een gebrek aan tijdig protest in gevallen waar een protestplicht geldt.

Dit verklaart waarom de loutere plaatsing van een bordje op een terrein geen (vermoeden van) aanvaarding doet ontstaan<sup>319</sup>. Uit de eventuele mogelijkheid tot kennisname valt immers geen aanvaarding af te leiden. Dit vereist bijkomende handelingen van de bestemming (bv. de betreding van het terrein gecombineerd met een gebrek aan protest, wat echter vaak niet voldoende wordt geacht in de rechtspraak – cf. *infra* randnr. 81) of omstandigheden die hetzij de reële wil van de bestemming duidelijk maken, hetzij een legitieme schijn van aanvaarding creëren.

**75. Stilzwijgende aanvaarding afgeleid uit een gedraging of feit: vereiste van ondubbelzinnige aanvaarding in de vorm van een omstandig stilzwijgen.** De impliciete toestemming vereist een bepaalde gedraging of een bepaald feit dat ondubbelzinnig wijst op aanvaarding. De aanvaarding wordt hierbij niet afgeleid uit het stilzwijgen zelf, d.i. uit een louter “niet-handelen”, maar moet worden gesteund op de omstandigheden die het stilzwijgen begeleiden<sup>320</sup> (vgl. art. 778 BW). Het moet met andere woorden gaan om een omstandig stilzwijgen<sup>321</sup>. Het is, behoudens gevallen waarin een protestplicht geldt, af te raden om dit omstandige karakter af te leiden uit de loutere afwezigheid van een zelfs stilzwijgend protest<sup>322</sup>. Dit is immers niets anders dan een herformulering van de rechtspreuk “wie zwijgt, stemt toe” (*infra* randnr. 78).

De vereiste omstandigheid en ondubbelzinnigheid van het stilzwijgen heeft tot gevolg dat de meerderheid van de rechtspraak weigerachtig staat tegen het afleiden van een impliciete aanvaarding uit de loutere betreding van een locatie met een geafficheerd

---

<sup>319</sup> Zie de rechtspraak aangehaald in voetnoot 323 en Rb. Brussel 25 januari 1985, *De Verz.* 1985, 287; Kh. Brussel 14 juni 1947, *JCB* 1949, 28; Vred. Mol 21 december 1993, *TR* 1995-96, 12; Vred. St.-Jans-Molenbeek 15 april 1986, *T. Vred.* 1987, 101; Vred. Luik (II) 8 maart 1979, *De Verz.* 1980, 139, noot RB. Vgl. Kh. Brussel 16 maart 1908, *JCB* 1908, 357 (dit vonnis vereist kennisname met daarbovenop een handeling die aanvaarding van de affiche impliceert). G. BERLIOZ, 60, nr. 102.

<sup>320</sup> Antwerpen 6 juni 1979, *De Verz.* 1979, 492; G. VAN DEN BRANDE; Kh. 22 mei 1930, *JCB* 1930, 282; F. LAURENT, XV, 555-556, nrs. 482-483; H. DE PAGE, II, 532, nr. 545; A. KLUYSKENS, I, 25, nr. 17bis; G. BAUDRY-LACANTINERIE en L. BARDE, XII, 73, nr. 44; R. KRUTHOF, “Overzicht van rechtspraak (1974-1980). Verbintenissen”, *TPR* 1983, (495) 543; M. BOSMANS, “Standaardbedingen”, *TPR* 1984, (33) 50; F. 'T KINT. “Négociation et conclusion du contrat” in *Les obligations contractuelles*, X. DIEUX e.a. (ed.), Brussel, Editions du Jeune Barreau, 1984, (9) 47; A. BENABENT, *Droit civil: les obligations in Domat Droit privé*, Parijs, Francis Lefebvre, 2003, 119; J. M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, Parijs, Francis Lefebvre, 1999, 357; J. GHESTIN, *La formation du contrat*, 1993, 49, nr. 66; M. PLANIOL en G. RIPERT, VI, 115-119, nr. 108-109. Zie bv. voor het stilzwijgen bij het invullen van een aanrijdingsformulier: Rb. Leuven 6 februari 2008, *T. Pol.* 2009, 32; Rb. Turnhout 31 maart 2000, *TAVW* 2001, 201; Pol. Antwerpen 23 december 2004, *T. Pol.* 2009, 37, noot; Pol. Oudenaarde 4 september 2000, *TAVW* 2001, 203; Pol. Antwerpen 22 juni 1998, *VKJ* 1999, 126; Pol. Antwerpen 22 juni 1998, *VKJ* 1999, 206; P. ARNOU, “Het aanrijdingsformulier als bewijsmiddel bij de burgerlijke vordering uit verkeersmisdrijven”, *RW* 1998-99, (1167) 1170-1171, nr. 22.

<sup>321</sup> Cass. 27 februari 1998, *AJT* 1999-2000, 205 (verkort); H. DE PAGE, II, 507, nr. 544; M. BOSMANS, *TPR* 1984, (33) 49; M. BOSMANS, “Les conditions générales en matière contractuelle (1975 à 1979)”, *JT* 1981, 17; R. VANDEPUTTE, *De overeenkomst*, 53; D. MOUGENOT, *La preuve*, Brussel, Larcier, 2002, 287, nr. 242; Frankrijk: D. MAZEAUD, noot onder Cass. 1<sup>e</sup> civ. (fr.) 24 mei 2005, *RDC* 2005, 1007.

<sup>322</sup> In die zin bv. H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE en L. WYNANT, “Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad 1985-1993”, *TPR* 1995, (1115) 1238.

(exoneratie)beding<sup>323</sup>. Het valt echter niet categoriek uit te sluiten dat hieruit een impliciete aanvaarding blijkt. Zo kan de inhoud van het bord voldoende duidelijk worden meegedeeld, zodat de bestemming weet of behoort te weten dat het bord een aanbod aan hem richt<sup>324</sup>.

**76. Stilzwijgende aanvaarding afgeleid uit een gedraging of feit: geen mogelijkheid tot eenzijdige interpretatie door aanbieder.** De verzender van een e-mail tracht het gebrek aan uitdrukkelijke aanvaarding vaak op te vangen door de lezing van het bericht eenzijdig op te vatten als de impliciete aanvaarding van de toegevoegde disclaimer (“By reading this e-mail, you agree to [...]”). Dergelijke eenzijdige verklaringen sorteren echter geen rechtsgevolgen ten laste van de bestemming. De verzender beschikt namelijk niet over het recht om eenzijdig vast te leggen hoe het gedrag van de ontvanger moet worden geïnterpreteerd. De verzender moet de aanvaarding aantonen op basis van objectieve elementen. Hij mag zijn wensen niet zomaar voor waar aannemen. De vaststelling van een impliciete aanvaarding (bv. via een begin van uitvoering) blijft onderworpen aan de soevereine beoordeling van de feitenrechter<sup>325</sup>. De verplaatsing van de disclaimer bovenaan het bericht remedieert het eenzijdige karakter van deze techniek dan ook niet. Dit biedt weliswaar een tijdige mogelijkheid tot kennisname, maar laat de aanbieder nog steeds niet toe om het gedrag van de bestemming eenzijdig te interpreteren. Deze eenzijdige verklaring van de verzender blijft dan ook zonder enig effect<sup>326</sup> op het vlak

<sup>323</sup> Antwerpen 20 maart 1996, *ETL* 1996, 721; Antwerpen 5 februari 1980, *RW* 1980-81, 1785; Kh. Antwerpen 12 juni 1995, *TBH* 1995, 908; Kh. Brussel 16 maart 1908, *JCB* 1908, 357; Pol. Brugge 29 juni 2006, *TGR* 2007, 19; Pol. Brugge 29 april 2004, *RW* 2007-08, 1382; Pol. Gent 22 december 2003, *RW* 2005-06, 1433; Pol. Brugge 21 maart 2001, *TAVW* 2002, 197; Pol. Brugge 18 december 2000, *TAVW* 2002, 200; Pol. Antwerpen 3 februari 2000, *TAVW* 2001, 38; Vred. Gent (VII) 15 april 1991, *T. Vred.* 1992, 139; Vred. St.-Jans-Molenbeek 15 april 1986, *T. Vred.* 1987, 101. Zie wel: Kh. Antwerpen 25 juni 1992, *ETL* 1994, 108. Vgl. Brussel 3 december 2001, *RW* 2004-05, 627; Luik 21 december 1960, *Pas.* 1961, II, 228.

<sup>324</sup> Vgl. F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, Parijs, LGDJ, 1994, 291, nr. 478; J. GHESTIN, *La formation du contrat*, 1993, 374, 414; kritisch: A. ROBERT, “Une source mineure de droits civils: les affiches et les écritaux”, nr. 12.

<sup>325</sup> Cass. 27 mei 2002, *Pas.* 2002, I, 1216; zie ook Kh. Luik 27 oktober 1994, *TBH* 1995, 906 (de algemene voorwaarden op de achterkant van een factuur zijn slechts bindend indien uit de analyse van het stilzwijgen van de bestemming blijkt dat het gaat om een stellige, zij het stilzwijgende, uitdrukking van aanvaarding) en Kh. Luik 8 april 1949, *JL* 1948-49; H. DE PAGE, II, 533-534, nr. 546; C. RENARD, E. VIEUJEAN en Y. HANNEQUART, “La notion d’obligation, la formation des contrats et la capacité des parties contractantes” in *Les Nouvelles. Droit Civil*, IV, Brussel, Larcier, 1957, 118, nr. 345; R. DE SMET, “De la force obligatoire des conditions générales en matière commerciale” (noot onder Cass. 9 februari 1973), *RCJB* 1974, (192) 196-197; I. VEROUGSTRAETE, “Wil en vertrouwen bij het totstandkomen van overeenkomsten”, *TPR* 1990, (1163) 1186; J. GHESTIN, *La formation du contrat*, 1993, 388, nr. 427; F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, Parijs, LGDJ, 1994, 245 en 272-274; J. M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, Parijs, Francis Lefebvre, 1999, 357; vgl. J. VAN RYN en J. HEENEN, II, 227, nr. 1222.

<sup>326</sup> Arb. Ber. Brussel 5 november 1968, *TSR* 1969, 19; J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, III, Brussel, Bruylant, 1981, 20, nr. 14; *RPDB*, v° Contrat et convention en général, 13, nr. 159; P. VAN OMMESLAGHE, *RCJB* 1986, (32) 136-138, nr. 54; C. DELFORGE, “L’offre de contracter et la formation du contrat (2ème partie)”, *TBBR* 2005, (5) 14; A. BENABENT, *Droit civil: les obligations in Domat Droit privé*, Parijs, Francis Lefebvre, 2003, 120; J. GHESTIN, *La formation du contrat*, 1993, 49, nr. 66 en 358, nr. 403; M. PLANIOL en G. RIPERT, VI, 117, nr. 108; F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, Parijs, LGDJ, 1994, 234, voetnoot 50. Zie anders: Vred. Gent 22 juli 1991, *TGR* 1991, 168 met kritische noot I. GEERS (het halsstarrig stilzitten van de ene partij verantwoordt volgens de rechter een eenzijdig optreden van de andere partij. *In casu* had de ene partij niet gereageerd op



van de impliciete aanvaarding. Dit sluit niet uit dat het stilzitten ten aanzien van een dergelijke verklaring wel kan leiden tot een louter stilzwijgende aanvaarding aangezien zij de intentie tot contractsluiting van de verzender duidelijk weergeeft. De rechter kan na zijn beoordeling van de feiten bovendien vaststellen dat het gedrag van de bestemming van het aanbod een legitieme schijn van aanvaarding creëerde.

**77. Stilzwijgende aanvaarding afgeleid uit een gedraging of feit: uitvoering van overeenkomst en “opeising contractvoordeel”.** De impliciete aanvaarding kan worden afgeleid uit het, zonder protest, stellen van handelingen die kaderen in de uitvoering van de overeenkomst als bestemming van het aanbod<sup>327</sup>. De aanbieder moet daarbij aantonen dat deze handelingen effectief terug te leiden zijn op een wil tot aanvaarding van de overeenkomst of dat hij toch minstens een legitiem vertrouwen in die zin mocht koesteren. Dit is moeilijk hard te maken bij de verplichtingen van een geheimplichtige bij de geheimhoudingsovereenkomst. De niet-verspreiding van informatie betekent immers niet noodzakelijk dat de betrokkene zich verplicht voelt tot geheimhouding ten aanzien van een contractpartij. De beslissing tot geheimhouding kan net zo goed worden gemotiveerd door het eigenbelang van de betrokkene. Zelfs het nemen van positieve maatregelen voor de bescherming van het geheim wijst niet op een gebondenheid ten aanzien van een andere persoon. Ook het niet-gebruik van de informatie wijst niet noodzakelijk op het bestaan van een overeenkomst. Dergelijke beslissingen kunnen evenzeer gebeuren uit eigenbelang (namelijk geheimhouding als zelfstandige meester van het geheim) of worden ingegeven door tijdelijke of praktische overwegingen. De verkrijger van informatie heeft immers zelden belang om nadien nog in te stemmen met enige verplichting, of het nu gaat om een exonatiebeding of een geheimhoudingsplicht. Het is in deze context dan ook realistischer om de aanvaarding af te leiden uit de opeising van het contractvoordeel door de geheimplichtige in plaats van deze af te leiden uit

---

aanmaningen voor de tegensprekelijke vaststelling van een schadegeval waarbij de andere partij stelde dat zij een stilzwijgen zou opvatten als een aanvaarding van aansprakelijkheid). Deze redenering gaat mogelijk te ver in de mate dat geen sprake was van een omstandig stilzwijgen en de omstandigheden niet noodzakelijk toelieten om te stellen dat het stilzwijgen van de ene partij op onrechtmatige wijze zou “uitdraaien in het nadeel van de andere”. Zie voor een situatie waar dit wel het geval was: Kh. Gent 7 oktober 2004, *TGR - TWVR* 2005, 34. Hoe dan ook dient de betekenis van het stilzwijgen te worden gesteund op de begeleidende omstandigheden en niet op de loutere wil van de tegenpartij. Duitsland: K. LUDWIG, 70; Verenigde Staten: A. FARNSWORTH, *Farnsworth on Contracts*, New York, Aspen Publishers, 2004, I, 280-281, nr. §3.14.

<sup>327</sup> Cass. 17 januari 1969, *Arr. Cass.* 1969, 476; Antwerpen 14 juni 2006, *CRA* 2006, 698, noot N. BOLLEN (betaling van een premie die uitsluitend wordt vermeld in de bijzondere voorwaarden van de verzekeringspolis bewijst de kennisname en aanvaarding daarvan); Brussel 9 juni 1992, *JLMB* 1994, 201; Kh. Bergen 8 juli 2003, *TBBR* 2004, 208, noot C. DELFORGE; Pol. Brugge 11 januari 2006, *De Verz.* 2007, 83 (redenering dat betaling van de premie resulteert in een buitengerechtelijke erkenning van het bestaan van een verzekeringsovereenkomst waarvan de inhoud wordt vastgesteld door een KB waarvan weliswaar kan worden afgeweken in het voordeel van de verzekeringnemer of verzekerde, maar de bewijslast wat dat betreft rust bij deze partij). Het bewijs van de kennisname en aanvaarding van de algemene of bijzondere voorwaarden van de polis via de betaling van de premie is echter géén automatisme. Het blijft een feitenkwestie. Zie voor gevallen waarin deze gevolgtrekking werd afgewezen: Antwerpen 15 oktober 1985, *RW* 1985-86, 2364; Pol. Mechelen 8 september 2004, *VAV* 2005, 108; Pol. Antwerpen 26 april 2006, *VAV* 2007, 106. Frankrijk: F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, Parijs, LGDJ, 1994, 231, nr. 377; D. MAINGUY, “Fasc. 60: conditions générales de Vente et contrats-types”, *JurisClasseur Contrats – Distribution*, nr. 29.

handelingen die blijk geven van zijn vermeende onderwerping aan de contractnadelen. Deze handeling spitst zich toe op de actiefzijde van de overeenkomst.

De vraag naar de aanvaarding rijst hoe dan ook pas nadat een (redelijke mogelijkheid tot) kennisname wordt aangetoond. Zo beriep een hoteleigenaar zich op de aanvaarding van een geafficheerd exoneratiebeding door zijn cliënteel “par le seul fait qu’ils logent à l’hotel”. Het hof van beroep te Luik stelt echter vast dat geen sprake kon zijn van aanvaarding aangezien het cliënteel niet kon worden geacht kennis te nemen van het aanbod gelet op de manier waarop dit werd meegedeeld<sup>328</sup>.

De mogelijkheid om de impliciete aanvaarding af te leiden uit een beslissing om gebruik te maken van het geboden contractvoordeel wordt algemeen aanvaard in de Verenigde Staten: “it is standard contract doctrine that when a benefit is offered subject to stated conditions, and the offeree makes a decision to take the benefit with knowledge of the terms of the offer, the taking constitutes an acceptance of the terms, which accordingly become binding on the offeree”<sup>329</sup>. Er zijn ook sporen van deze opvatting terug te vinden in het Belgische recht. Zo werd een impliciete aanvaarding afgeleid uit de beslissing om zich op een bepaalde plaats te parkeren<sup>330</sup>. De rechtspraak sluit ook niet uit dat overeenkomsten gesloten kunnen worden met toevoeging van geafficheerde bedingen door de beslissing tot toevertrouwing van de opdracht aan (de aangestelde van) de beoogde medecontractant<sup>331</sup>. Dit

---

<sup>328</sup> Luik 21 december 1960, *Pas.* 1961, II, 228.

<sup>329</sup> US Court of Appeals (Second Circuit) 23 januari 2004, *Register.com, Inc. v. Verio, Inc.*, 356 F.3d 393, 403. Tevens: US District Court California (Western Division) 15 oktober 2007, *Ticketmaster v. RMG Technologies*, 507 F.Supp.2d 1096, 1107 (“the Court further concludes that Plaintiff is highly likely to succeed in showing that Defendant received notice of the Terms of Use and assented to them by actually using the website”); Supreme Court of Washington (Dept. 1) 12 september 1952, *Jones v. Brishin*, 41 Wash.2d 167, 2 (“where a person, having reasonable opportunity to reject offered services, takes the benefit of them under circumstances which would lead a reasonable man to believe they were offered for compensation, a contract results”); § 69, *Restatement (second) of Contracts* (Rest 2d Contr § 69) (“(1) Where an offeree fails to reply to an offer, his silence and inaction operate as an acceptance in the following cases only: (a) Where an offeree takes the benefit of offered services with reasonable opportunity to reject them and reason to know that they were offered with the expectation of compensation [...]”); zie tevens *Williston on Contracts*, §6:9 en E. MURRAY, *Corbin on Contracts Desk Edition*, 3-16 en 3-17, §3.06[02].

<sup>330</sup> Vred. Waver (I) 19 januari 2006, *RRD* 2007, 97 (“la formation d’un contrat s’est réalisée au départ de l’offre de stationnement payant de la partie demanderesse, par l’acceptation de la partie défenderesse, qui résulte de sa décision de placer son véhicule en stationnement aux endroits visés par le règlement”); Rb. Luik 29 juni 1976, *JL* 1976-77, 275 (“[...] et, au cas où il n’en acceptait pas toutes les conditions, de renoncer à garer sa voiture en cet endroit”); vgl. Kh. Brussel 30 maart 1933, *PP* 1933, 368, nr. 224; zie tevens de rechtspraak over de geafficheerde exoneratiebedingen op NMBS parkeerterreinen: Vred. Aarlen 7 november 1986, *VKJ-DCJ* 1987, 175; Vred. Brussel 8 oktober 1971, *RGAR* 1973, nr. 9050; Vred. Antwerpen 13 januari 1971, *RGAR* 1973, nr. 9051; Vred. Brussel (IV) 26 januari 1956, *De Verz.* 1956, 773, noot MG (stilzwijgende aanvaarding afgeleid uit blijvend gebruik van abonnement zonder voorbehoud); Vgl. Vred. La Louvière 17 maart 1982, *Pas.* 1983, III, 14 (exoneratieclausule die werd meegedeeld op het moment dat de partijen toestemming vroegen en kregen om hun voertuig op het terrein te parkeren overeenkomstig de toepasselijke voorwaarden). Zie tevens Kh. Brussel 14 september 1976, *TBH* 1976, 534 (bewaargeving van kledingstukken met geafficheerd beding waarmee de restauranthouder alle aansprakelijkheid afwijst).

<sup>331</sup> De vorderingen in kwestie werden echter afgewezen bij gebrek aan voldoende kennisgeving van de geafficheerde bedingen: Kh. Namen 20 januari 1977, *RRD* 1976-77, 314 (“l’affichage à l’intérieur d’un magasin d’un texte imprimé [...] n’attire en général pas suffisamment l’attention du client pour qu’on puisse en déduire que celui-ci a marqué son accord par le fait même qu’il a confié un travail au commerçant”); Kh. Brussel 22 mei 1930, *JCB* 1930, 282 (“que, sans doute, cette acceptation pourra être tacite et qu’elle résultera souvent d’un simple geste, tel celui de monter dans le taxi”).

impliceert een wil tot verkrijging van de tegenprestatie in de volle wetenschap van de geafficheerde bedingen<sup>332</sup>.

De aanvaarding kan zinvol worden afgeleid uit de opeising van de actiefzijde van de overeenkomst voor zover de aanbieder een reële contractprestatie in het vooruitzicht stelt. De bestemming moet een voordeel krijgen dat hij los van de overeenkomst *niet op legitieme wijze had kunnen verkrijgen*. In deze laatste hypothese heeft hij namelijk geen enkel belang om in te stemmen met een contractuele verplichting bij gebrek aan reële tegenprestatie. Deze vaststelling impliceert bijvoorbeeld dat een bezoeker op de hoogte moet zijn van het feit dat het (door de eigenaar van het terrein) verboden is om het terrein te betreden zonder aanvaarding van het geafficheerde beding. Dit is problematisch voor gevallen waarin het “contractvoordeel” vrij toegankelijk is voordat het aanbod wordt megedeeld, bijvoorbeeld wanneer de verzender een eula opneemt in de e-mail die hij wenst te beschermen of wanneer een *webmaster* het bezoekrecht aan zijn *site* koppelt aan een eula in de vorm van een *browsewrap* tekst. Dit aanbod biedt de bestemming geen rechten of mogelijkheden die hij zonder de aanvaarding niet zou kunnen genieten. De verzending van een e-mail biedt de legitieme ontvanger zonder meer het recht om er kennis van te nemen en internetgebruikers mogen publiek toegankelijke sites bezoeken<sup>333</sup>.

De voorgaande analyse vertrekt van de premisse dat de aanbieder effectief een contractvoordeel wenst te bieden. Zoniet biedt de contractuele analyse geen oplossing aangezien de bestemming van het bord noch via een reële wil, noch via een gecreëerde schijn kan worden geacht om te willen instemmen met een eenzijdige contractuele last. In die hypothese moet men nagaan of de eigenaar van het terrein op eenzijdige wijze buitencontractuele grenzen kan stellen aan zijn aansprakelijkheid<sup>334</sup>.

**78. Stilzwijgende aanvaarding afgeleid uit loutere inactiviteit.** Een volstrekt stilzwijgende aanvaarding wordt afgeleid uit de loutere inactiviteit van de bestemming. Het adagium “wie zwijgt, stemt toe” is echter geen algemeen rechtsbeginsel naar Belgisch recht<sup>335</sup>. De bestemming van de rechtshandeling is in

<sup>332</sup> Zie tevens Rb. Antwerpen 24 oktober 2006, *NjW* 2007, 325, noot P. HANNES. In dit geval werd de aanvaarding afgeleid uit het veelvuldig betreden van het terrein. De betreder wist of behoorde te weten dat het recht om het terrein te betreden afhankelijk was van de aanvaarding van het exonerationebeding.

<sup>333</sup> Cf. M.L. BOONK, “No robots clauses: zijn ze effectief? Een analyse van robots.txt files en no robots clauses metatags”, *Computerrecht* 2009, (5) 9.

<sup>334</sup> Bv. Door de mededeling van een toegangsverbod en desgevallend een exonerationebeding voor buitencontractuele schade (cf. Vred. Antwerpen (II) 12 maart 1981, *RW* 1982-83, 865).

<sup>335</sup> Arbh. Luik 5 maart 2002, *Soc. Kron.* 2004, 254; Rb. Leuven 6 februari 2008, *T. Pol.* 2009, 32; H. DE PAGE, II, 507, nr. 544. Het adagium “qui ne dit mot, consent” is evenmin een algemeen rechtsbeginsel naar Frans recht: Cass. civ. (fr.) 25 mei 1870, *D* 1870, I, 257; C. AUBRY en C. RAU, *Cours de droit civil français*, Parijs, Marchal et Billard, 1902, IV, 427-428; F. TERRE, Ph. SIMLER en Y. LEQUETTE, 2005, 135, nr. 124; F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, Parijs, LGDJ, 1994, 232-233, nr. 378; B. STARCK, H. ROLAND en L. BOYER, *Obligations. 2: Contrat*, Parijs, Litec, 1995, 59-60; P. MALAURIE, L. AYNES, en P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Parijs, Defrénois, 2007, 248-249, nr. 475; J. FLOUR, J.L. AUBERT en E. SAVAUX, *Les obligations, I, L'acte juridique*, Parijs, Sirey, 2008, 121, nr. 151; A. LAUDE, 97, nr. 130; P. BLANCHARD, “Offre et acceptation dans la négociation du contrat international”, *RDAI* 2008, (3) 19; F.-J. PANSIER, “Le silence ne vaut pas consentement ni novation” (noot onder Cass soc. (fr.) 5 november 2003), *CSBP* 2004, 75; Th. GENICON, “Silence et acceptation tacite: le cas d'une clause imposant délai d'exécution” (noot onder

beginsel niet verplicht om te antwoorden<sup>336</sup>. De aanbieder beschikt evenmin over het prerogatief om eenzijdig te beslissen hoe het gedrag van de bestemming moet worden geïnterpreteerd (*supra* randnr. 76). Het loutere stilzwijgen kan slechts worden opgevat als aanvaarding in gevallen waar een spreek- of protestplicht geldt voor de bestemming. Dit wordt op basis van een gebruik (of een bijzondere invulling van de zorgvuldigheidsplicht voor handelaars<sup>337</sup>) aanvaard voor communicatie tussen handelaars waarin de geadresseerde handelaar wordt geconfronteerd met aanspraken<sup>338</sup>. Dit gebruik is ingegeven met het oog op het vlotte verloop van het handelsverkeer<sup>339</sup>. Ook de wet kan een protestplicht opleggen<sup>340</sup>. Deze protestplicht impliceert een zekere controleplicht. Een gebrek aan protest doet vermoeden dat de handelaar instemt met de inhoud van het document. Deze vaststelling geldt tevens voor ongebruikelijke bedingen<sup>341</sup>, althans voor zover zij op afdoende wijze worden meegedeeld.

Niet-handelaars worden in beginsel (behoudens wettelijke uitzonderingen) niet geacht om te reageren op documenten waarmee zij niet wensen in te stemmen<sup>342</sup>. In specifieke omstandigheden wordt op basis van een gebruik (*contra legem*<sup>343</sup>) wel een

---

Cass. 1<sup>e</sup> civ. (fr.) 28 februari 2008, nr. 06-12349), *RDC* 2008, 709; D. MAZEAUD, noot onder Cass. 1<sup>e</sup> civ. (fr.) 24 mei 2005, *RDC* 2005, 1007; J.-M. FERNANDEZ, “La contractualisation des conditions de facturation de services bancaires”, *Petites Affiches* 1997, 11; R. POPESCO-RAMNICEANO, “Le silence créateur d’obligations et l’abus du droit”, *RTD Civ.* 1930, (999) 1000. Duitsland: K. LUDWIG, 68.

<sup>336</sup> Arb. Ber. Brussel 5 november 1968, *TSR* 1969, 19.

<sup>337</sup> Cf. Kh. Turnhout 11 februari 2009, *RW* 2009-10, 1064; zie tevens A. TUMMERS, “Comment résoudre le conflit entre les conditions générales du vendeur et celles de l’acheteur”, *Ann. Fac. Dr. Liège* 1972, (585) 591-592.

<sup>338</sup> Cass. 6 november 2003, *Arr. Cass.* 2003, 2073; Kh. Brussel 25 januari 2008, *RABG* 2008, 936; Kh. Leuven 8 augustus 1995, *AJT* 1995-96, 61, noot G.L. BALLON. Zie voor een voorbeeld m.b.t. het gebrek aan protest van een aanspraakbevestiging ten aanzien van een geheimhoudingsplicht: OLG München 22 januari 2004, 29 U 4872/03, [www.juris.de](http://www.juris.de), nr. 39. De handelsrechtelijke protestplicht geldt in het Duitse recht (in beginsel) alleen ten aanzien van bevestigingen van (minstens vermeend) reeds bestaande afspraken (d.i. de “Vertragsbestätigung”), maar op basis van § 150 (2) BGB niet ten aanzien van de mededeling van een aanvaarding (“Auftragsbestätigung”) wanneer deze niet volledig overeenstemt met het gedane aanbod (tenzij deze mededeling voldoet aan de vereisten van de *Vertragsbestätigung* of indien sprake is van een rechtmatig vertrouwen van de tegenpartij). Zie hierover: A. BAUMBACH, K. HOPT en H. MERKT, *Handelsgesetzbuch*, München, Beck, 2010, § 346 *Handelsbräuche*, nr. 16 *et seq.*; K. SCHMIDT, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, München, Beck, 2009, V, HGB § 346 [Handelsbräuche], nr. 130 *et seq.*

<sup>339</sup> A. CLOQUET, *La facture*, 179, nr. 444 (“Ces exigences impliquent que soit réduit au minimum, entre commerçants, le temps durant lequel une des parties pourra mettre en doute la véracité des affirmations de l’autre au sujet de l’existence et des modalités de leurs obligations réciproques”). Deze auteur gaat uit van “une obligation morale de protester”.

<sup>340</sup> Wettelijke uitzonderingen blijven mogelijk. Zo voorziet art. 14, eerste lid Handelshuurwet in de verplichting om een verzuimvermelding op te nemen in de aanvraag tot huurhervorming die meldt dat de verhuurder geacht wordt in te stemmen met de hervorming van de huur onder de voorgestelde voorwaarden indien hij dit aanbod niet weigert conform de wettelijke formaliteiten.

<sup>341</sup> Gent 13 februari 2008, *TBH* 2010, 142.

<sup>342</sup> Gent 13 oktober 2008, *NjW* 2009, 508, noot MD; Antwerpen 15 maart 2004, *RW* 2006-07, 1199; Brussel 28 november 2003, *RW* 2007-08, 236; Rb. Mechelen 20 december 1994, *Pas.* 1994, III, 52 - in alle gevallen t.a.v. een factuur; A. CLOQUET, *La facture*, 202-203, nrs. 525-530 en de verwijzingen aldaar.

<sup>343</sup> Het bestaan van een gebruik waarbij men in specifieke gevallen aanvaardt dat de partijen, behoudens andersluidende afspraak, zelfs als niet-handelaar impliciet zijn afgeweken van artikel 1341 BW is echter juridisch aanvaardbaar gelet op het louter aanvullende karakter van deze bepaling (Frankrijk: M. MAHMOUD, “Usages commerciaux”, *Rep. com. Dall.*, nrs. 64-66; zie voor een verdere

protestplicht aanvaard voor niet-handelaars<sup>344</sup>. De aanvaarding moet bij niet-handelaren, voor zaken waarvan de waarde hoger ligt dan 375 euro, bovendien in beginsel worden bewezen via een onderhandse akte of begin van geschreven bewijs en niet via getuigenissen of vermoedens (art. 1341 BW e.v.)<sup>345</sup>. Deze bewijsregel maakt het moeilijk om een stilzwijgen uit te leggen als een aanvaarding van de overeenkomst. Een stilzwijgen (m.i.v. een stilzwijgend uitvoeren van de overeenkomst) kan echter, afhankelijk van de omstandigheden (ook hier geldt dat een louter stilzwijgen in beginsel geen bekentenis kan opleveren<sup>346</sup>), nog neerkomen op een buitengerechtelijke bekentenis<sup>347</sup>. De vereisten van het schriftelijke bewijs in de zin van artikel 1341 BW zijn namelijk niet van toepassing op de (buiten)gerechtelijke bekentenis (art. 1354 *et seq.* BW)<sup>348</sup>. Om misbruik te vermijden zijn *zuiver mondelinge buitengerechtelijke bekentenissen* weliswaar niet toegestaan als bewijs bij vorderingen waarvoor ook het bewijs door getuigen niet is toegelaten (art. 1355 BW)<sup>349</sup>. Zo kan de uitvoering van een overeenkomst niet gelden als buitengerechtelijke bekentenis van het bestaan van de overeenkomst indien deze uitvoering slechts kan worden bewezen via getuigen of vermoedens. Dit zou immers de regel van 1355 BW miskennen. De persoon die zich op de uitvoering wenst te beroepen, dient het feit van deze uitvoering rechtstreeks te bewijzen<sup>350</sup>. Conform de vaststelling van randnr. 75 is vereist dat een bekennend stilzwijgen gepaard gaat met feiten die daar ondubbelzinnig<sup>351</sup> op wijzen<sup>352</sup>. Het stilzwijgen van niet-handelaars kan bijgevolg in concrete gevallen toch uit te leggen zijn als een aanvaarding omdat de omstandigheden van de zaak hier ondubbelzinnig op wijzen<sup>353</sup> en voor zover dit kan worden aangetoond zonder een beroep te moeten doen op getuigen of vermoedens. De bekentenis is een eenzijdige handeling die uitgaat van de partij tegen

---

analyse C. PERES-DOURDOU, *La règle supplétive in Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 2004, 19-20, nr. 17 en 410, nr. 435 en de verwijzingen aldaar).

<sup>344</sup> Brussel 4 maart 2004, *Bank Fin. R.* 2004, 227 (protestplicht in bankzaken, zelfs voor niet-handelaars). Zie tevens Kh. Brussel 23 april 1996, *TBH* 1997, 737, noot.

<sup>345</sup> Rb. Mechelen 20 december 1994, *Pas.* 1994, III, 52; H. DE PAGE, II, 1964, 534, nr. 547; E. DIRIX en G.L. BALLON, 113, nr. 200; A. CLOQUET, *La facture*, 174-175, nrs 428-432.

<sup>346</sup> H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, "Afdeling 7. Bewijs door bekentenis" in *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, november 2007, VI.3-65, nr. 5388; H. DE PAGE, III, 1076, nr. 1012.

<sup>347</sup> Gent 17 maart 2005, *TGR-TWVR* 2007, 319, noot; Brussel 7 december 1988, *Res Jur. Imm.* 1989, 133; Rb. Brussel 5 januari 2001, *T. App.* 2001, 40; Rb. Brussel 2 april 1998, *Act. jur. Baux* 1998, 82; Vred. Tielt 26 november 1981, *Rechtspr. BFR* 1983, afl. 10, 1; P. VAN OMMESLAGHE, "'L'aveu'. Evolution récente de la jurisprudence et de la doctrine" in *La preuve*, Colloquium 12 en 13 maart 1987, UCL, (1) 5 en 7-9.

<sup>348</sup> Dit geldt tevens voor de eed (art. 1357 BW). H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, "Afdeling 7. Bewijs door bekentenis" in *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, november 2007, VI.3-67, nr. 5393; H. DE PAGE, III, 1076, nr. 1012 en 1079, nr. 1015; P. VAN OMMESLAGHE, "'L'aveu'. Evolution récente de la jurisprudence et de la doctrine" (1) 1.

<sup>349</sup> H. DE PAGE, III, 1088, nr. 1026. Deze uitsluiting geldt niet voor het bewijs in handelszaken aangezien de bewijsvoering daar hoe dan ook vrij is (*supra* randnr. 16) behoudens andersluidende wettelijke bepalingen.

<sup>350</sup> H. DE PAGE, III, 1104, nr. 1032.

<sup>351</sup> Cass. 7 september 2006, *Pas.* 2006, 1645: "Ook al mag de bekentenis impliciet zijn, toch moet zij vaststaan, zodat zij enkel kan worden afgeleid uit feiten die voor geen andere interpretatie vatbaar zijn".

<sup>352</sup> Cass. 1 maart 1973, *Arr. Cass.* 1973, 646.

<sup>353</sup> Antwerpen 17 mei 1995, *AJT* 1995-96, 60, noot G. L. BALLON – t.a.v. een factuur.

wie ze wordt ingeroepen<sup>354</sup>. Zij hoeft volgens de huidige opvatting van het Hof van Cassatie niet te worden gesteld met de bedoeling om de tegenpartij een bewijs te verlenen<sup>355</sup>. De rechtshandeling dient betrekking te hebben op een betwist feit waarvan de erkennende partij persoonlijk kennis heeft<sup>356</sup>. Zowel materiële feiten als rechtsfeiten (m.a.w. de basis van het geschil) komen hiervoor in aanmerking. Rechtsvragen (m.a.w. de juridische oplossing van het geschil) daarentegen niet<sup>357</sup>.

Een bekentenis moet vrijwillig zijn. Dit betekent niet dat de verklaring of het gedrag bestemd moet zijn om te dienen als bewijs, maar wel dat de persoon uit eigen beweging een standpunt moet innemen. Een bekentenis die wordt verkregen via ongeoorloofde middelen kan in beginsel niet in aanmerking worden genomen als bewijs<sup>358</sup>. Het is tevens moeilijker om een bekentenis af te leiden uit een verplicht te stellen handeling. Dergelijke niet-spontane handelingen hebben immers een eigen, afzonderlijke oorzaak en doelstelling. Zij impliceren niet per definitie dat de persoon daarbovenop enig standpunt inneemt ten aanzien van een bepaald feit<sup>359</sup>.

Sommige rechtsleer merkt op dat het stilzwijgen kan dienen als de basis voor een vermoeden in de zin van artikel 1353 BW<sup>360</sup>. Dit is correct in handelszaken of voor burgerlijke zaken van minder dan 375 euro. Men mag echter niet uit het oog verliezen dat feitelijke vermoedens alleen zijn toegelaten als bewijs in gevallen waarvoor de wet het getuigenbewijs toelaat. Dit is niet het geval in burgerlijke zaken waarvan het voorwerp meer bedraagt dan 375 euro (cf. art. 1341 BW).

Een stilzwijgen wordt in elk geval, handelaar of niet<sup>361</sup>, pas betekenisvol wanneer de bestemming van de communicatie nalaat om *tijdig* te protesteren. Het tijdige karakter van een protest is een feitenkwestie die onder meer afhangt van de complexiteit van de zaak en de mogelijkheden van de bestemming om de inhoud van de communicatie te verifiëren<sup>362</sup>.

Hierbij mag niet uit het oog worden verloren dat het in de praktijk helemaal niet gebruikelijk is om een disclaimer of een bord te percipiëren als een volwaardig aanbod. Wie zich wenst te beroepen op een

---

<sup>354</sup> Cass. 20 december 2007, *TBBR* 2008, 452, noot L. VAN VALCKENBORGH; Cass. 7 februari 1997, *Arr. Cass.* 1997, 184; Cass. 15 juni 1990, *Arr. Cass.* 1989-90, 1315, noot.

<sup>355</sup> Cass. 20 december 2007, *TBBR* 2008, 452, noot L. VAN VALCKENBORGH (t.a.v. buitengerechtelijke bekentenis); Cass. 2 mei 1988, *Arr. Cass.* 1987-88, 1101 (t.a.v. gerechtelijke bekentenis); zie de analyse van P. VAN OMMESELAGHE, “Examen de jurisprudence (1974 à 1982) – Les obligations (suite)”, *RCJB* 1988, (33) 176; P. VAN OMMESELAGHE, “L’aveu”. Evolution récente de la jurisprudence et de la doctrine”, (1) 5-9 en L. CORNELIS, *Algemene theorie*, 234, nr. 196.

<sup>356</sup> H. MINJAUW en J. VANDENDRIESSCHE, “Afdeling 7. Bewijs door bekentenis” in *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, november 2007, VI.3-67, 5380.

<sup>357</sup> Cass. 17 juni 2005, *Pas.* 2005, 1344; Cass. 7 februari 1997, *Arr. Cass.* 1997, 184; Luik 2 juni 2006, *Rev. not. b.* 2007, 266.

<sup>358</sup> Cass. 18 april 1985, *Arr. Cass.* 1984-85, 1102; Corr. Namen 30 juni 1994, *JLMB* 1994, 1143 (in een strafrechtelijke context).

<sup>359</sup> Vgl. Luik 2 juni 2006, *Rev. not. b.* 2007, 266; L. CORNELIS, 234, nr. 196.

<sup>360</sup> Q. VAN ENIS, “L’opposabilité des conditions générales *off-line* et *on-line*: de la suite dans les idées?” in *Les conditions générales. Questions particulières*, (9) 16.

<sup>361</sup> Gent 13 oktober 2008, *NjW* 2009, 508, noot MD.

<sup>362</sup> Gent 4 december 2006, *RABG* 2008, 940; Kh. Brussel 25 januari 2008, *RABG* 2008, 936; A. CLOQUET, *La facture*, 217, nr. 586 *et seq.* (telkens t.a.v. facturen). Het protest kan overigens de factuur voorafgaan: G.L. BALLON en I. SAMOY (eds.), *De factuur en aanverwante documenten*, Brugge, Vanden Broele, 2008, 57.

gebrek aan protest van de bestemming, dient de wil tot contractsluiting (of andere mededelingen waar men een reactie op wenst) ondubbelzinnig te communiceren.

De handelsrechtelijke protestplicht geldt voor *elke vorm* van commerciële communicatie<sup>363</sup>. Zij is niet beperkt tot facturen in de strikte zin, maar kan worden toegepast op elk communicatiemiddel dat het bestaan van verplichtingen meedeelt waarmee de handelaar niet wenst in te stemmen<sup>364</sup>. Een andere vraag is of de protestplicht geldt voor *elke* commerciële communicatie als dusdanig, ongeacht de context waarin zij plaatsvindt. Dit is niet het geval<sup>365</sup>. Zij is in beginsel slechts van toepassing indien een bijzondere band wordt aangetoond tussen de handelaar en zijn correspondent. Zo wordt gesteld dat de protestplicht slechts betrekking heeft op handelaren die verwickeld zijn in lopende handelsrelaties<sup>366</sup> of onderhandelingen<sup>367</sup>. De spreekplicht geldt bijgevolg niet voor personen die (nog) geen enkele (buiten)contractuele band hebben met diegene die de mededeling verricht, of zij nu de hoedanigheid van handelaar hebben of niet<sup>368</sup>. Men kan daardoor niet categoriek stellen dat de (niet-<sup>369</sup>)handelaar op elke communicatie moet reageren ongeacht de context waarin zij plaatsvindt<sup>370</sup>. De tegengestelde opvatting zou (niet-)handelaars

<sup>363</sup> Gent 4 december 2006, *RABG* 2008, 940; Antwerpen 16 januari 2003, *TBH* 2003, 245; Antwerpen 2 januari 2003, *T. Aann.* 2003, 120; Gent 15 mei 2002, *TBH* 2003, 155, noot E. BODSON en T. KRUGER; Antwerpen 22 november 1999, *RW* 2001-02, 815; Brussel 27 juni 1994, *JLMB* 1995, 394. Luik 8 december 1953, *JT* 1954, 726; Kh. Leuven (A.R. 04/1012), 19 mei 2005, onuitg.; Kh. Brussel 11 april 2000, *RW* 2003-04, 71; Kh. Antwerpen 6 januari 1998, *RW* 1999-2000, 443; Kh. Kortrijk 20 april 1995, *AJT* 1994-95, 575. Zie tevens Cass. 27 januari 2000, *Arr. Cass.* 2000, 72 (het arrest dat op basis van het gebrek aan protest tegen de facturen en de bijgaande brief beslist dat deze documenten het bewijs leveren van de handelsverbintenissen die zij bevatten, verantwoordt zijn beslissing naar recht); M.E. STORME, “Bewijs- en verbintenissenrechtelijke beschouwingen omtrent het stilzitten van de aangesprokene bij een factuur en bij andere vormen van aanspraakbevestiging”, *TBH* 1991, nr. 19 (de protestplicht geldt niet alleen voor “echte” facturen, maar ook voor andere vormen van aanspraakbevestiging); E. DIRIX, “Eigendomsvoorbehoud”, *RW* 1997-98, (481) 487.

<sup>364</sup> Antwerpen 4 oktober 1999, *RHA* 2000, 238 (een schadeafrekening is geen factuur *sensu stricto* zodat hiervoor normaliter geen spoedige en gemotiveerde protestplicht geldt. Het gebrek aan iedere reactie of betwisting kan echter gelden als een omstandig stilzwijgen en een erkenning van het gevorderde bedrag); Luik 19 januari 2006, *JLMB* 2006, 825 (gebrek aan protest tegen brief); Kh. Turnhout 11 februari 2009, *RW* 2009-10, 1064 (protestplicht tegen “schriftelijke handelsvermeldingen” die niet overeenstemmen met de basisovereenkomst).

<sup>365</sup> J. VAN RYN en J. HEENEN, III, 1981, 20, nr. 15.

<sup>366</sup> Antwerpen 20 oktober 2003, *RHA* 2005, 111; F. LAURENT, XV, 556, nr. 483; A. KLUYSKENS, I, 26, nr. 17bis; H. DE PAGE, II, 508, nr. 546; W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, 300 C. DELFORGE, “L’offre de contracter et la formation du contrat (2ème partie)”, *TBBR* 2005, (5) 15-16. Frankrijk: J. M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, Parijs, Francis Lefebvre, 1999, 362; G. BAUDRY-LACANTINERIE en L. BARDE, XII, 75, nr. 45; C. AUBRY en C. RAU, IV, §343, 484; M. PLANIOL en G. RIPERT, VI, 118, nr. 109; R. POPESCO-RAMNICEANO, “Le silence créateur d’obligations et l’abus du droit”, *RTD Civ.* 1930, (999) 1005 (“un inconnu qui m’adresse une offre ne peut escompter une réponse”); A. LAUDE, 99, nr. 133.

<sup>367</sup> Althans volgens sommige auteurs: J. VAN RYN en J. HEENEN, II, 226, nr. 1222; J.-L. AUBERT, 299-300. Deze stelling wordt betwist. Zie *contra* F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, Parijs, LGDJ, 1994, 242, nr. 385; J. M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, Parijs, Francis Lefebvre, 1999, 362; A. LAUDE, 101, nr. 135.

<sup>368</sup> Kh. Antwerpen 12 juni 1995, *TBH* 1995, 908; vgl. Kh. Hoei 10 januari 1996, *JLMB* 1996, 1047 (gebrek aan protest tegen borden leidt niet tot stilzwijgende aanvaarding).

<sup>369</sup> Antwerpen 17 mei 1995, *AJT* 1995-96, 60, noot G.L. BALLON.

<sup>370</sup> Cf. M. PLANIOL en G. RIPERT, VI, 117; vgl. O. BEN-SHAHAR, “An Ex-Ante View of the Battle of the Forms: Inducing Parties to Draft Reasonable Terms”, *International Review of Law and Economics* 2005, (350) 354, voetnoot 18.

kunnen bedelven onder een lawine van protestplichten waarvan men bezwaarlijk kan beweren dat zij de efficiëntie van het handelsverkeer nog zouden bevorderen. Een algemene protestplicht zou in de context van het e-mailverkeer bijvoorbeeld betekenen dat een (niet-)handelaar ook moet protesteren tegen massale hoeveelheden *junk e-mail*<sup>371</sup> die hij dagelijks zou ontvangen, zelfs al kunnen de verzenders van dergelijke e-mails geen enkele redelijke verwachting koesteren over de aanvaarding van hun aanbod of de correctheid van hun aanspraken. Hieruit mag niet worden afgeleid dat stilzwijgende aanvaarding steeds een vooraf bestaande (buiten)contractuele relatie vereist<sup>372</sup>. De stilzwijgende aanvaarding kan onafhankelijk van elke vroegere interactie nog steeds blijken uit omstandigheden die het stilzwijgen begeleiden en die ondubbelzinnig in die richting wijzen.

De vaststelling dat het bestaan en de draagwijdte van de handelsrechtelijke protestplicht mede afhankelijk is van de context waarin de communicatie plaatsvindt, kan worden teruggeleid op de vertrouwensleer<sup>373</sup>. Deze leer vereist een schijn waarop rechtmatig wordt vertrouwd. Het rechtmatige karakter van deze schijn is niet uitsluitend afhankelijk van het gedrag van de bestemming (*in casu* zijn stilzwijgen). Dit moet tevens worden beoordeeld in het licht van de kennis<sup>374</sup> en het gedrag van de aanbieder<sup>375</sup> en meer in het algemeen van de omstandigheden eigen aan de zaak<sup>376</sup>.

Het gebrek aan tijdig protest schept een feitelijk vermoeden waar de rechter het bewijs in kan vinden dat de geadresseerde handelaar zijn akkoord heeft gegeven met de

<sup>371</sup> De beantwoording van dergelijke berichten resulteert overigens in een toename van het verzonden volume naar de toekomst aangezien de verzender van de berichten hieruit kan afleiden dat het e-mailadres actief is.

<sup>372</sup> Bepaalde branches kennen gebruiken waarbij een louter stilzwijgen ook zonder vooraf bestaande handelsrelatie als aanvaarding wordt gekwalificeerd (cf. B. TILLEMANS, *Overeenkomsten. 2: Bijzondere overeenkomsten. A: Verkoop. 1: Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 87, nr. 217 en de verwijzingen aldaar).

<sup>373</sup> Cf. Antwerpen 2 januari 2003, *T. Aann.* 2003, 120; Antwerpen 17 mei 1995, *AJT* 1995-96, 60, noot G.L. BALLON. Popesco-Ramniceano baseert de protestplicht op het verbod op rechtsmisbruik (R. POPESCO-RAMNICEANO, “Le silence créateur d’obligations et l’abus du droit”, *RTD Civ.* 1930, (999) 1007 – “Si, en effet, j’ai le droit de ne pas répondre à une offre que l’on me fait, je n’ai pas le droit d’abuser de mon silence, lorsque en me taisant je nuis sciemment à autrui”). Ook deze auteur hecht echter belang aan het legitieme vertrouwen voor de bepaling van de gevolgen van het stilzwijgen (*Ibid.*, 1007 – “nous sommes responsable dans la mesure où les tiers ont eu confiance en nous pour agir”). Zie tevens R. DEMOGUE, *Les sources des obligations*, II, 198, nr. 562. Zie en vgl. met art. 3:35 van het Nederlandse BW (“Tegen hem die eens anders verklaring of gedraging, overeenkomstig de zin die hij daaraan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht toekennen, heeft opgevat als een door die ander tot hem gerichte verklaring van een bepaalde strekking, kan geen beroep worden gedaan op het ontbreken van een met deze verklaring overeenstemmende wil”). Zie voor een bespreking van dit artikel en de relatie ervan met art. 6:232 van het Nederlandse BW: T.H.M. VAN WECHER, *Toepasselijkheid van algemene voorwaarden in Recht en Praktijk*, Kluwer, Deventer, 2007, 11, nr. 27 *et seq.*

<sup>374</sup> Rb. Brussel 13 april 2000, *Rev.not.b.* 2000, 491 (Een kandidaat-koper wiens bod zodanig is opgesteld dat duidelijk blijkt dat hij op de hoogte is van het gebrek aan machtiging in hoofde van de notaris om de koop te sluiten, kan zich niet beroepen op een duidelijke lastgeving die aan de notaris zou zijn gegeven).

<sup>375</sup> M.E. STORME, “Bewijs- en verbintenisrechtelijke beschouwingen omtrent het stilzitten van de aangesprokene bij een factuur en bij andere vormen van aanspraakbevestiging”, nr. 15.

<sup>376</sup> Gent 4 december 2006, *RABG* 2008, 940; Arrbrb. Brussel 17 december 1991, *JTT* 1992, 80; vgl. Antwerpen 17 mei 1995, *AJT* 1995-96, 60, noot G.L. BALLON.



vermelde verbintenis (art. 25 W. Kh. *juncto* 1353 BW)<sup>377</sup>. Dergelijke vermoedens blijven vatbaar voor weerlegging<sup>378</sup>. Het stilzwijgen heeft pas onweerlegbare implicaties wanneer wordt voldaan aan de toepassingsvoorwaarden van een specifieke wettelijke grondslag, zoals artikel 25, tweede lid W. Kh. Men kan hieruit afleiden dat de wilsleer het uitgangspunt blijft voor de vaststelling van de aanvaarding: de aanbieder kan een gebrek aan protest opvatten als aanvaarding, maar de bestemming kan trachten om aan te tonen dat deze uitlegging niet overeenstemt met zijn reële wil. De vertrouwensleer zal wel voorrang krijgen op de reële wil indien de ontstane schijn van aanvaarding zodanig overtuigend is dat de aanbieder geen rekening meer hoeft te houden met andere uitleggingen.

**79. Stilzwijgende aanvaarding bij gebrek aan protest tegen gebruikelijke bedingen in de (handels)relatie?** De *kennis* van een beding kan worden afgeleid uit het herhaaldelijk gebruik ervan tussen de partijen (*supra* randnr. 55). De toepasbaarheid van bedingen op een bepaalde overeenkomst vereist echter nog steeds het bewijs dat het beding werd *aanvaard* voor de overeenkomst in kwestie. Dit kan gebeuren door het bewijs van de aanvaarding van het beding naar aanleiding van de contractsluiting in kwestie (desnoods bij een latere wijziging van de overeenkomst) of door aan te tonen dat het beding in het verleden werd aanvaard en sindsdien het statuut van kaderbeding geniet. Bij gebrek aan dit bewijs moet de aanbieder de gevolgen daarvan dragen<sup>379</sup> aangezien het zijn taak is de inhoud van het aanbod te bepalen en aan te tonen. Het beding geldt dan niet als wet tussen de partijen.

Het is niet uitgesloten dat partijen die in een langdurige handelsrelatie staan impliciet overeenkomen dat bedingen uit het verleden ook moeten worden toegepast op hun toekomstige overeenkomsten<sup>380</sup>. Het statuut van kaderbeding mag echter niet al te

---

<sup>377</sup> T.a.v. facturen: Cass. 24 januari 2008, AR C.07.0355.N, Lesaco / DJ, [www.juridat.be](http://www.juridat.be); Cass. 7 januari 2005, RW 2005-06, 1097, noot R. HOUBEN; Cass. 29 april 2004, Arr. Cass. 2004, 748; Gent 13 februari 2008, TBH 2010, 142; Antwerpen 10 oktober 2002, TBH 2003, 401; Kh. Brussel 25 januari 2008, RABG 2008, 936; Kh. Brussel 28 december 2007, RABG 2008, 979, noot S. CNUDE; Kh. Kortrijk 23 juni 2003, TGR - TWVR 2004, 286, noot.

<sup>378</sup> Gent 4 december 2006, RABG 2008, 940.

<sup>379</sup> Cf. Antwerpen 27 maart 2006, 2005 AR/2185, Orde Express 11 mei 2006, nr. 9 ([privaat.advocaat.be/site/ovb/nieuwsbrieven/ordeexpressdetail.aspx?nbcid=1&nbid=1352](http://privaat.advocaat.be/site/ovb/nieuwsbrieven/ordeexpressdetail.aspx?nbcid=1&nbid=1352)) - “Gebruikelijke bedingen ontleen hun verbindende kracht immers aan de wil van de contracterende partijen (art. 1134 BW). Opdat een gebruikelijk beding deel zou uitmaken van een overeenkomst, moet derhalve het bewijs geleverd worden dat de partijen zodanig beding werkelijk hebben gewild”). Zie naar Frans recht: Cass. 1<sup>e</sup> civ. (fr.) 7 juni 2006, nr. 04-14.960, Bull. 2006, I, 250, nr. 286 (de aanbieder beriep zich op de vroegere mededeling van en het gebrek aan protest tegen een bevoegdheidsbeding in een lopende handelsrelatie – hij legde echter slechts één document voor waarin het beding voorkwam. Het Hof oordeelde dat de rechter op basis van dit ene document niet gehouden was om na te gaan of het beding was aanvaard op basis van de beweerdere vroegere contacten).

<sup>380</sup> Kh. Hasselt 8 mei 2007, RW 2007-08, 1047 (een bevoegdheidsovereenkomst in de zin van art. 23 EEX-Verordening kan worden gesloten in een vorm die wordt toegelaten door de handelswijzen die tussen de partijen gebruikelijk zijn. Dit houdt in dat partijen onderworpen zijn aan forumbedingen die voorkomen op de algemene voorwaarden waaraan ook hun vroegere transacties waren onderworpen. Indien zij hiertegen nooit hebben geprotesteerd, worden zij verondersteld kennis te hebben van het forumbeding en ermee ingestemd te hebben). Cf. D. MAINGUY, “Fasc. 60: conditions générales de Vente et contrats-types”, *JurisClasseur Contrats – Distribution*, nr. 31 (deze auteur stelt dat de inhoud van de overeenkomst in beginsel afzonderlijk kan worden vastgesteld, maar dat voorafbestaande

snel worden afgeleid uit het feit dat het beding reeds deel heeft uitgemaakt van een vroegere overeenkomst<sup>381</sup>. Standaardbedingen die werden gehanteerd bij één enkele overeenkomst gelden nu eenmaal niet noodzakelijk voor alle volgende overeenkomsten<sup>382</sup>. De afwezigheid van een duidelijke aanvaarding kan evenzeer te wijten zijn aan het feit dat het beding ditmaal effectief niet werd aanvaard, bijvoorbeeld omdat de onderhandelingspositie van de medecontractant voldoende sterk is geworden om de clausule weg te onderhandelen. De aanbieder zal dan ook nog steeds moeten aantonen dat het beding waarop hij zich beroept effectief overeenstemt met de wil van beide partijen, ook al werd het niet uitdrukkelijk bedongen voor de overeenkomst in kwestie.

Het gaat in deze context om gebruikelijke bedingen in de specifieke relatie tussen de partijen en niet om algemene gebruiken in de zin van artikel 1135 of 1160 BW. Dergelijke gebruiken maken deel uit van de overeenkomst ook al werden zij niet bedongen<sup>383</sup>, tenzij zij uitdrukkelijk worden uitgesloten. Dit is daarentegen niet per definitie het geval voor gebruikelijke bedingen in een specifieke relatie.

**80. Besluit.** Er kan kortom sprake zijn van stilzwijgende aanvaarding indien de beoogde medecontractant vooraf of minstens naar aanleiding van de contractsluiting kennis heeft of redelijkerwijze kennis kan nemen van de contractvoorwaarden en voor zover de instemming kan worden afgeleid uit specifieke elementen, zoals de afwezigheid van uitdrukkelijk of stilzwijgend protest<sup>384</sup> in gevallen waarin de bestemming van het aanbod redelijkerwijze mag worden geacht om te reageren.

#### 4. Bijzondere problemen inzake de kennisname of aanvaarding

##### 4.1 Mogelijkheid tot contractweigeren

**81. Mogelijkheid tot contractweigeren na de kennisname.** De bestemming moet een mogelijkheid hebben om de contractsluiting te weigeren na de kennisname van het aanbod. Deze vereiste betekent dat de aanbieder geen dwang mag uitoefenen op

---

handelsrelaties een vermoeden opleveren dat de huidige overeenkomst tot stand is gekomen op basis van vroegere bedingen).

<sup>381</sup> Zie evenwel: Luik 9 januari 2003, *JT* 2004, 389 (verkort). Deze beslissing stelt dat: “entre commerçants entretenant des relations d'affaires suivies, les conditions générales du fournisseur de biens ou de services sont présumées connues et acceptées dès lors que le destinataire des factures sur lesquelles ces conditions sont imprimées n'a pas antérieurement contesté leur application. Le silence du destinataire à propos de précédentes factures acceptées et payées suffit à établir l'acceptation des conditions générales pour les transactions ultérieures”. Dat men uit de vroegere handelsrelaties de kennis afleidt van de algemene voorwaarden is niet problematisch, maar het hof had misschien meer terughoudend mogen zijn om de algemene voorwaarden uit eerdere overeenkomsten als aanvaard te beschouwen voor de latere betrekkingen enkel en alleen omwille van hun eerdere incorporatie.

<sup>382</sup> Kh. Brussel 4 mei 1966, *RW* 1965-66, 2099; anders M. BOSMANS, “Les conditions générales en matière contractuelle (1975 à 1979)”, *JT* 1981, 22, nr. 23 en de verwijzingen aldaar.

<sup>383</sup> Cf. J. GHESTIN, *La formation du contrat*, 1993, 373, nr. 413.

<sup>384</sup> Cf. Antwerpen 16 januari 1996, *RW* 1995-96, 1417; Rb. Antwerpen 24 oktober 2006, *NjW* 2007, 325; Pol. Antwerpen 17 juni 2005, *Eur. Vervoerr.* 2006, 109; Pol. Brugge 18 december 2000, *TAVW* 2002, 200; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE en L. WYNANT, *TPR* 1995, (1115) 1237-1238.

de door hem beoogde medecontractanten. Hij mag de dwang in de eerste plaats zelf niet creëren door hen voor voldongen feiten te stellen.

Dit is het geval wanneer de gebruiker van een parkeergarage pas op de hoogte wordt gesteld van de contractvoorwaarden nadat hij de bareel van de garage is gepasseerd met zijn wagen, tenzij de mogelijkheid bestaat om de garage alsnog te verlaten zonder contractsluiting (bv. zonder verplichting tot betaling van een forfait of zonder aanvaarding van een exonerationbeding). Behoudens de hypothese waarin hij het terrein zonder meer kan verlaten, beschikt de autobestuurder immers niet meer over de mogelijkheid om de contractsluiting te weigeren. Een stilzwijgende aanvaarding van een (moeilijk zichtbaar) geafficheerd exonerationbeding werd bij gebrek aan redelijke mogelijkheid tot weigering niet vastgesteld in een etablissement waarbij het gebruik van de vestiaire “*pratiquement nécessaire, sinon même forcé*” was<sup>385</sup>.

De vereiste van een mogelijkheid tot contractweigering *na* de kennisname is het spiegelbeeld van de nood aan een redelijke mogelijkheid tot kennisname *vóór* de aanvaarding van de overeenkomst. De notie contractsdwang is in deze context niet zo verregaand dat zij zou uitmonden in het wilsgebrek geweld (art. 1112 BW). Er is geen sprake van een wilsgebrek, maar wel van een gebrek aan bewezen wilsovereenstemming. Een wilsgebrek ontstaat indien de werkelijke wil (en daardoor ook de verklaarde wil) gebrekkig tot stand komt voor minstens één van de partijen<sup>386</sup>. In deze context is daarentegen *noch* met zekerheid sprake van een werkelijke wil, *noch* met zekerheid sprake van een verklaarde wil, maar slechts van een dubbelzinnige handeling waarvan de betekenis verdere verduidelijking behoeft. De verklaring van deze dubbelzinnigheid is dat de bestemming de handeling hoe dan ook moest stellen, of hij het aanbod nu wenste te aanvaarden of niet. Het feit dat de handeling effectief werd gesteld, kan daarom niet worden gelijkgesteld met de aanvaarding van het aanbod.

Sommige rechtspraak weigert de impliciete aanvaarding van een geafficheerd exonerationbeding op haventerreinen af te leiden uit de betreding van het terrein indien de bezoekers in kwestie genoodzaakt waren om dit terrein te betreden. Deze weigering wordt gemotiveerd vanuit de vaststelling dat de bezoekers niet beschikten over een reële keuzemogelijkheid aangezien zij zich op het terrein dienden te begeven voor de uitvoering van contractuele verplichtingen<sup>387</sup> en niet van hen kon worden verlangd dat zij in onderhandeling zouden treden over het beding<sup>388</sup>.

---

<sup>385</sup> Luik 11 maart 1981, *JL* 1982, 2, noot M. DOUTREWE; vgl. ook Rb. Leuven 10 januari 1956, *RGAR* 1957, 5840 (geen stilzwijgende aanvaarding door passagier van exonerationbeding dat uitsluitend was aangebracht in het vliegtuig zelf – op het moment dat men kennis kan nemen van dit beding heeft men reeds ingestemd met de vlucht en bevindt men zich zelfs reeds in het toestel).

<sup>386</sup> W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 312.

<sup>387</sup> Pol. Sint-Niklaas 29 september 2006, *NjW* 2007, 329; Pol. Brugge 21 maart 2001, *TAVW* 2002, 197. Zie de kritische bedenkingen bij P. HANNES, “Kaaireglement”, *NjW* 2007, (296) 302.

<sup>388</sup> Kh. Antwerpen 12 juni 1995, *TBH* 1995, 908 (“Opdat van stilzwijgende aanvaarding sprake zou zijn, is minstens vereist dat ook een mogelijkheid tot niet aanvaarden van het beding zou hebben bestaan. Te oordelen naar de door ACE in haar conclusies gegeven uiteenzetting, was een andere mogelijkheid dan de aanvaarding van het beding in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze niet voorhanden [...] De mogelijkheid om voorbehoud te formuleren met betrekking tot de aanvaarding van het exonerationbeding lijkt dus louter hypothetisch”); Pol. Brugge 29 april 2004, *RW* 2007-08, 1382; Pol. Brugge 18 december 2000, *TAVW* 2002, 200.

De vraag is in hoeverre de bestemming van het aanbod vrij moet zijn om de contractsluiting te weigeren. De contractsvrijheid is een relatief gegeven<sup>389</sup>. De bestemming moet over een mogelijkheid tot weigering beschikken in de zin dat hij zowel elke contractuele last (bv. exoneration) als elk contractueel voordeel (bv. de legitieme toegang tot het terrein) moet kunnen weigeren. De aanbieder mag geen situatie creëren waarin contractuele lasten worden opgelegd zonder dat de bestemming enige mogelijkheid heeft om deze te weigeren. De loutere vaststelling dat de contractweigering nadelen met zich zou meebrengen, bijvoorbeeld zich niet kunnen parkeren op een parkeerterrein of geen toegang krijgen tot een haventerrein, betekent echter nog niet dat de bestemming van het aanbod geen mogelijkheid zou hebben om de contractsluiting te weigeren.

Men kan hierbij twee hypothesen onderscheiden. Ofwel is er een *vooraf bestaande contractuele relatie* tussen aanbieder en bezoeker op basis waarvan de bezoeker wordt genooddaakt om het terrein te betreden en waarin op geen enkele wijze melding wordt gemaakt van het geafficheerde beding. De affichering van een bijkomend beding is dan een aanbod tot wijziging van de reeds bestaande overeenkomst. De kennisname en aanvaarding van dit beding zijn daarbij onderworpen aan de principes die gelden voor een contractwijziging (*supra* randnr. 45). De bezoeker moet hier over een recht beschikken om niet in te stemmen met het geafficheerde beding voor zover hij onvermijdelijk onder het beoogde toepassingsgebied van dit beding valt, bijvoorbeeld omdat de weigering van het bezoek zou neerkomen op een contractuele wanprestatie. De handeling waaruit de aanvaarding van het geafficheerde exonerationebeding zou blijken is hier dubbelzinnig aangezien de bezoeker het terrein wel moet betreden in het raam van zijn contractuele verplichtingen. De bezoeker geniet hierbij integendeel over een recht op toegang tot het terrein overeenkomstig de in de oorspronkelijke overeenkomst uitgewerkte modaliteiten. De plaatser van het bord zal bijgevolg uitsluitend kunnen speculeren op een stilzwijgende aanvaarding voor zover de bezoeker gehouden is aan een protestplicht en het voldoende duidelijk is dat het geafficheerde beding ook contractuele ambities beoogt ten aanzien van deze bezoeker.

Ofwel is er *geen vooraf bestaande contractuele relatie* tussen de plaatser van het bord en de bezoeker (die bv. activiteiten voor een derde komt uitvoeren op het terrein). De bezoeker die redelijkerwijze kennis kan nemen van het beding beschikt in zijn relatie met de plaatser van het bord steeds over een recht om er niet mee in te stemmen. De aanbieder verplicht de bezoeker immers niet om het terrein te betreden<sup>390</sup>. De contractuele wanprestatie die de bezoeker bij een weigering tot aanvaarding begaat in de relatie met zijn opdrachtgever doet geen afbreuk aan deze keuzevrijheid. De plaatser van het bord oefent geen enkele dwang uit in deze context en beschikt overigens niet altijd over de mogelijkheid om zijn aanbod vroeger mee te delen dan

---

<sup>389</sup> Cf. Antwerpen 23 maart 1998, *RW* 1998-99, 223; Antwerpen 20 januari 1987, *RW* 1986-87, 2722, noot E. DIRIX. Zie tevens het aangehaalde voorbeeld in randnr. 85 waarbij de studenten verplicht waren om de *Turnitin* gebruiksvoorwaarden te aanvaarden.

<sup>390</sup> Vgl. Kh. Brussel 14 september 1976, *TBH* 1976, 534 (“qu’il est parfaitement possible pour les usagers de connaître d’avance le risque et d’éventuellement le refuser”).

op het moment dat de bezoeker het terrein daadwerkelijk wenst te betreden. De bezoeker kan hooguit zijn oorspronkelijke medecontractant een precontractuele fout verwijten indien deze laatste naliet om, voor zover hij dat kon, het bestaan van het bord eerder mee te delen terwijl hij wist of behoorde te weten dat zijn tegenpartij belang zou hechten aan deze kennis.

Ook voor disclaimers en eula's geldt dat de bestemming van het aanbod moet beschikken over een reële mogelijkheid tot contractweigering na de kennisname van de contractvoorwaarden. Een impliciete aanvaarding van een disclaimer kan bijgevolg niet worden afgeleid uit de lezing van het bericht indien de disclaimer wordt toegevoegd aan het einde van een e-mail. Het gebruik van software of de toegang tot een dienst geldt evenmin als impliciete aanvaarding van een eula indien het bestaan van deze eula pas wordt meegedeeld na de aankoop van de software of de betaling voor de toegang tot de dienst.

## 4.2 Stijlclausules

**82. Geheimhoudingsbedingen als stijlclausules?** Stijlclausules zijn clausules die vaak voorkomen in een bepaald type overeenkomsten en daardoor soms in de overeenkomst belanden zonder al te veel nadenken of overleg tussen de partijen<sup>391</sup>. Dit gebeurt al eens met geheimhoudingsbedingen<sup>392</sup>, zodat het de moeite waard is om de notie stijlclausule verder uit te diepen. Deze clausules blijken zowel een positieve als een negatieve betekenis te hebben<sup>393</sup>. In haar positieve betekenis is de stijlclausule een tussenstation in de evolutie van een vaak gebruikte, uitdrukkelijk bedongen clausule (in eerste instantie nog op verschillende wijzen geformuleerd, later meer en meer gestandaardiseerd) waarvan de bindende kracht voortvloeit uit artikel 1134 BW, naar een gebruikelijk beding in de zin van artikel 1160 BW of een gebruik in de zin van artikel 1135 BW dat geacht wordt stilzwijgend bedongen te zijn behoudens andersluidende afspraken<sup>394</sup>. De derde-opsteller van een overeenkomst (bv. een notaris) die nalaat om dergelijke stijlclausules op te nemen in overeenkomsten waarin men hen mag verwachten, kan hierdoor aansprakelijkheid oplopen<sup>395</sup>.

---

<sup>391</sup> Cf. de definitie van de stijlclausule bij Cornu: "clause habituelle que l'on retrouve dans tous les contrats d'un même type (ex. certaines clauses de non-garantie dans la vente immobilière) ainsi nommée parce qu'elle est insérée sans débat dans l'acte lors de la rédaction de celui-ci" (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Parijs, PUF, 2000); zie tevens *Pand. b.*, v° Clause de style, 805, nr. 1.

<sup>392</sup> Zo merkt Lucas op dat "Au vrai, les clauses de secret insérées dans les contrats de know-how ressemblent passablement à des clauses de style sur l'efficacité desquelles les professionnels ne font guère d'illusions" (A. LUCAS, *La protection des créations industrielles abstraites*, Parijs, Librairies Techniques, 1975, 230, nr. 358).

<sup>393</sup> A. LECOMTE, "La clause de style", *RTD Civ* 1935, (305) 306-307 en 309; W. DROSS, *Clausier*, Parijs, Litec, 2008, 575.

<sup>394</sup> A. LECOMTE, "La clause de style", *RTD Civ* 1935, (305) 306-307 en de verwijzingen aldaar- zie wel de verdere bedenkingen van de auteur op pagina 321; zie tevens: D. MAINGUY, "Fasc. 60: conditions générales de Vente et contrats-types", *JurisClasseur Contrats – Distribution*, nr. 30.

<sup>395</sup> W. DROSS, *Clausier*, Parijs, Litec, 2008, 578. Deze aansprakelijkheid kan leiden tot schadevergoeding in gevallen waar deze nalatigheid niet vatbaar is voor remediëring door de aanvulling van de overeenkomst met gebruikelijke bedingen.

De notie stijlclausule wordt in haar tweede betekenis aangewend om clausules aan te duiden die weliswaar in het *instrumentum* van de overeenkomst zijn opgenomen (in principe: in een onderhandse akte), maar die niet stroken met de reële wil van de partijen<sup>396</sup>. Hun aanwezigheid is te verklaren door de ondoordachte, routineuze toevoeging ervan, bijvoorbeeld omdat een derde de overeenkomst opstelde en de partijen het document niet grondig hebben nagekeken of door het onzorgvuldige gebruik van modelovereenkomsten. Dit onderscheidt stijlclausules van standaardbedingen. Standaardbedingen worden namelijk bewust voorgesteld door één van de partijen en stemmen mits aanvaarding wel degelijk overeen met de wil van beide partijen. De toevoeging van een stijlclausule leidt niet tot bijzondere problemen indien zij de loutere bevestiging inhoudt van een verplichting die reeds van kracht is uit hoofde van een wettelijke bepaling<sup>397</sup>. Deze toevoeging is weliswaar overbodig vanuit een juridisch opzicht, maar de beklemtoning van deze verplichting heeft een signaalfunctie die nuttig kan zijn in de praktijk. Stijlclausules kunnen tevens afwijkingen aanbrengen op het toepasselijke wettelijke kader<sup>398</sup>. In die hypothese rijst de vraag naar hun bindende kracht. Kan een partij zich ontdoen van een clausule die is opgenomen in de onderhandse akte zonder dat zij daadwerkelijk gewent was? In eerste instantie geldt dat de ondertekening van de onderhandse akte resulteert in de aanvaarding van het bindende karakter van de inhoud ervan. De loutere omstandigheid dat een bepaalde clausule niet werd geparafeerd en andere clausules wel doet bijvoorbeeld niets af aan de bindende kracht van de niet-geparafeerde clausule voor zover wordt vastgesteld dat de clausule deel uitmaakt van de onderhandse akte<sup>399</sup>. Een partij die beweert dat een bepaald beding niet tot de overeenkomst behoort, beweert in feite dat dit beding geen bindend karakter heeft in de zin van artikel 1134 BW bij gebrek aan wilsovereenstemming in die zin. Zij dient hiervan het bewijs te leveren en zal daarbij in burgerlijke zaken stuiten op de bewijskracht van de onderhandse akte (art. 1322 BW). Zij kan in beginsel niet opkomen tegen de inhoud van een onderhandse akte via bewijsmiddelen die lager staan in de bewijshiërarchie van het Burgerlijk Wetboek (*cf.* art. 1341 BW), terwijl het bewijs van een stijlclausule zelden via een ander geschrift zal kunnen worden geleverd. Men zou daarbij kunnen trachten om een begin van geschreven bewijs in de zin van artikel 1347 BW aan te brengen, bijvoorbeeld in de vorm van voorstellen tot contractsluiting van de medecontractant die het beding in kwestie niet bevatten.

Een partij blijft daardoor gebonden door de inhoud van de onderhandse akte indien zij het tegenbewijs niet kan leveren volgens de gemeenrechtelijke bewijsregeling, zelfs al

---

<sup>396</sup> België: *Pand. b.*, v° Clause de style, 805, nr. 3; A. CLOQUET, *La facture*, 194, nr. 499. Frankrijk: A. LECOMTE, “La clause de style”, *RTD Civ* 1935, (305) 309 en 318; D. DENIS, “La clause de style” in *Etudes offertes à Jacques Flour*, Parijs, Défrenois, 1979, (117) 123; J. FERRARIS, *Le rôle des documents précontractuels dans l’interprétation par le juge du contrat*, Parijs, Publibook, 2003, 99-100, nr. 132-133.

<sup>397</sup> A. SCHIKS en A. VANISTERBEEK, *Traité-formulaire de la pratique notariale*, I, Leuven, Fonteyn, 1924, 223, nr. 7.

<sup>398</sup> *Ibid.*

<sup>399</sup> Cass. 13 mei 2005, *Pas.* 2005, 1041 en *TBBR* 2006, 589, noot B. VAN BAEVEGHEM.

heeft zij in werkelijkheid niet alle gevolgen ervan gewild<sup>400</sup>. Een partij die de bindende kracht van deze inhoud alsnog wenst te betwisten, zal moeten aantonen dat haar wil te kampen heeft met een wilsgebrek in de zin van artikel 1109 e.v. BW of dat niet voldaan is aan andere gemeenrechtelijke of bijzondere geldigheidsvereisten.

Ook voorgedrukte bedingen kunnen deel uitmaken van een onderhandse akte. Het louter voorgedrukte karakter van een beding rechtvaardigt dus niet de conclusie dat het gaat om een stijlclausule zonder bindende kracht<sup>401</sup>.

Stijlclausules zijn verder geen betrouwbare steunpunten voor feitelijke vermoedens. De stijlformule die bepaalt dat de verkoop van het onroerend goed ook alle actieve of passieve erfdienstbaarheden omvat, impliceert bijvoorbeeld nog niet dat er effectief actieve of passieve erfdienstbaarheden rusten op het goed<sup>402</sup>.

Het arsenaal van de rechter om stijlclausules buiten werking te stellen is eveneens beperkt<sup>403</sup>. Hij kan de wil van de partijen niet aanpassen uit loutere billijkheidsoverwegingen. Daarnaast spoort artikel 1156 BW de rechter weliswaar aan om de voorkeur te geven aan de reële wil van de partijen in plaats van hun uitgedrukte wil. Dit is echter geen vrijgeleide om clausules uit de onderhandse akte volledig te negeren aangezien dit de bewijskracht van deze akte zou miskennen (artt. 1322 en 1341 BW). De toepassing van artikel 1156 BW vereist bovendien de vaststelling van onduidelijkheid over de wil van de partijen, wat niet noodzakelijk het geval is bij stijlclausules. Het is deze onduidelijkheid die wordt opgelost overeenkomstig de reële wil van de partijen, maar dan wel met respect voor de bewoordingen van de akte. De rechter kan een stijlclausule bijgevolg niet volledig buiten werking stellen via interpretatie (hij kan in geval van conflict tussen verschillende clausules wel de voorkeur geven aan een interpretatie in het nadeel van de vermeende stijlclausule<sup>404</sup>). Hij kan dit evenmin *ipso facto* doen op basis van de rechtsfiguur rechtsmisbruik. Het loutere beroep van een partij op een clausule uit een onderhandse akte is immers nog geen rechtsmisbruik.

De vaststelling dat een clausule (of een bepaalde formulering van een clausule<sup>405</sup>) vaak wordt gehanteerd, doet kortom op geen enkele wijze afbreuk aan haar bindende kracht<sup>406</sup>. De hoedanigheid van “stijlclausule” maakt een clausule dan ook niet

---

<sup>400</sup> België: A. CLOQUET, *La facture*, 194, nr. 499; H. DE PAGE, II, 533, nr. 571. Frankrijk: A. LECOMTE, “La clause de style”, *RTD Civ* 1935, (305) 333 en 335-336. Zie ook D. TALLON, “La force de la clause de style”, *AJPI* 1975, 1013-1017; M. PLANIOL en G. RIPERT, VI, 1952, 483, nr. 373bis.

<sup>401</sup> Gent 23 maart 2005, *DCCR* 2006, 70; Gent 2 maart 2005, *DCCR* 2006, 63, noot E. TERRYIN.

<sup>402</sup> Cass. 26 september 1969, *Pas.* 1970, I, 92. Zie tevens Brussel 15 oktober 1938, *BJ* 1938, 288, noot E. BETTE (“Qu’en l’espèce, on ne pourrait, sans modifier la portée de la convention claire et formelle conclue par les parties, dénier toute valeur à la clause insérée dans l’acte”); Rb. Brussel 6 april 1993, *T. Vred.* 1994, 231, noot C. MOSTIN; Rb. Kortrijk 13 maart 1987, *T. Not.* 1990, 230.

<sup>403</sup> Zij kunnen zeker niet systematisch buiten werking worden gesteld: *RPDB*, v° Contrat et convention en général, nr. 562.

<sup>404</sup> Cf. M. PLANIOL en G. RIPERT, VI, 1952, 484, nr. 373bis.

<sup>405</sup> Het gaat dan ook te ver om een clausule ongeldig te verklaren uit het enkele gebruik van geijkte formules. Zie nochtans in die zin: Gent 12 juni 1997, *RW* 1997-98, 443.

<sup>406</sup> A. SCHIKS en A. VANISTERBEEK, *Traité-formulaire de la pratique notariale*, I, Leuven, Fonteyn, 1924, 223, nr. 7.

ongeldig<sup>407</sup>. De partijen blijven erdoor gebonden<sup>408</sup> behoudens tegenbewijs dat de clause niet wordt geschraagd door de partijwil<sup>409</sup>. Dit tegenbewijs moet echter worden geleverd met respect voor de wettelijke bewijskracht van de beschikbare bewijsstukken<sup>410</sup>.

De notie stijlclause wordt ook aangewend om pogingen tot wetsontduiking af te straffen. Men kan dwingende wetsbepalingen niet omzeilen met een stijlformule. De ongeldigheid van deze bedingen is terug te leiden op het feit dat zij *niet voldoen aan wettelijke vereisten* en niet op het feit dat zij geijkte formules bevatten of dat de partijen er niet mee zouden hebben ingestemd. Indien de wet voorschrijft dat een plaatsbeschrijving “omstandig” of “gedetailleerd” moet zijn, kan deze vereiste niet worden omzeild door de medecontractant te laten instemmen met een vage stijlformule (bv. “de huurder verklaart het gehuurde goed in zeer goede staat van onderhoud te hebben ontvangen”)<sup>411</sup>. De partijen kunnen bovendien geen dwingende wettelijke bepalingen wegbedingen op basis van stijlformules die niet stroken met de realiteit<sup>412</sup>. Een professioneel voldoet evenmin aan een wettelijke of deontologische adviesplicht door de loutere opname van een stijlformule in de overeenkomst<sup>413</sup>. Er moet worden nagegaan of deze vermelding daadwerkelijk voldoende informatie biedt aan de geadviseerde medecontractant.

Ten slotte wordt de notie ook gebruikt vanuit een louter contractueel perspectief om situaties aan te geven waarbij een contractspartij stijlformules aanwendt zonder oog voor de werkelijkheid. Dit is bijvoorbeeld het geval indien een partij al haar documenten als vertrouwelijk bestempelt zonder enige differentiatie naargelang de eigenlijke vertrouwelijkheid van de inhoud<sup>414</sup>. De clause waarop de bestempeling is gebaseerd, is als dusdanig geen stijlclause op het tijdstip van de contractsluiting. De concrete uitvoering ervan door de partij in kwestie riskeert echter de effectiviteit van

---

<sup>407</sup> Ph. SIMLER, “Fasc. 20: CONTRATS ET OBLIGATIONS. – Interprétation des contrats. – La mise en oeuvre: rôle respectif des juges du fond et de la Cour de cassation”, *JurisClasseur Civil Code Art. 1156 à 1164*, 14 september 2009, nrs. 36 en 37; W. DROSS, *Clausier*, Parijs, Litec, 2008, 576.

<sup>408</sup> Brussel 28 februari 2008, *RPI* 2008, 83; Bergen 2 december 1996, *JT* 1997, 340; Vred. Turnhout 16 december 1997, *RW* 1996-97, 1097; Rb. Mechelen 10 november 1981, *RW* 1982-83, 998, noot. Frankrijk: Cass. com. (fr.) 6 februari 2001, nr. 97-20415 (nr. JurisData: 2001-008196); Cass. civ. (fr.) 3 mei 1968, *Bull. Civ.* 1968, III, nr. 184. M. ZAKI, “Le formalisme conventionnel illustration de la notion de contrat-cadre”, *RIDC* 1986, (1043) 1091; zie tevens de aangehaalde Franse rechtspraak bij W. DROSS, *Clausier*, Parijs, Litec, 2008, 576.

<sup>409</sup> Pol. Hasselt 17 mei 1989, *T. Vred.* 1991, 367.

<sup>410</sup> H. DE PAGE, II, 558, nr. 571; A. CLOQUET, “La valeur des mentions imprimées des factures”, *JT* 1957, (253) 254, nr. 11.

<sup>411</sup> Vred. Westerlo 3 maart 2000, *T. Vred.* 2003, 44; zie tevens Cass. 29 oktober 1992, *Arr. Cass.* 1992, 1449; vgl. Antwerpen 20 januari 1988, *Eur. Vervoerr.* 1988, 304; Antwerpen 8 maart 1985, *Eur. Vervoerr.* 1985, 552; Kh. Gent 22 juni 1993, *Intern. Vervoerr.* 1993, 591.

<sup>412</sup> Arrbrb. Nijvel 9 januari 2004, *JTT* 2005, 14 (de mogelijkheid voor een aangestelde om zich te laten vervangen wijst op een gebrek aan ondergeschikt verband. Er moet echter worden nagegaan of deze mogelijkheid strookt met de realiteit dan wel of het gaat om een loutere stijlclause); Vred. Torhout 4 december 2001, *Jaarboek Kredietrecht* 2001, 221.

<sup>413</sup> Bergen 22 mei 2006, *Rev. not. b.* 2006, 546 (Het louter opnemen van het gebruikelijk beding betreffende “bouwgronden in een verkaveling” in de voorlopige koopakte volstaat niet om de aandacht van de koper op de specifieke verkavelingsvoorschriften te vestigen); Vred. St.-Jans-Molenbeek 1 april 1997, *JLMB* 1999, 284.

<sup>414</sup> M. FONTAINE en F. DE LY, 276.



de clause aan te tasten indien het gekozen onderscheidingscriterium tussen vertrouwelijke en niet-vertrouwelijke informatie in werkelijkheid geen onderscheid toelaat. Het gaat in deze context om stijlclausules in de positieve betekenis van deze notie (in de zin dat zij vaak worden gebruikt of gestandaardiseerde formules bevatten), maar niet in de negatieve betekenis. Eén van de partijen heeft immers deze clause bewust gestipuleerd en beide partijen hebben er per hypothese bewust mee ingestemd, terwijl een stijlclause in haar negatieve betekenis geen steun vindt in de reële wil van de partijen.

#### 4.3 Clausules inzake kennisname en aanvaarding

**83. Kennisname- en aanvaardingsclausules.** *Kennisnameclausules* zijn clausules die uitdrukkelijk bevestigen dat de medecontractant op de hoogte is van alle contractuele bepalingen. Deze clausules zijn effectief in de mate dat de bestemming een redelijke mogelijkheid tot kennisname genoot ten aanzien van de kennisnameclause zelf en deze clause bovendien heeft aanvaard<sup>415</sup>. De aanvaarding van deze clause heeft, indien zij wordt vastgelegd in een onderhandse akte, tot gevolg dat haar inhoud in burgerlijke zaken onder het bewijsregime valt van de onderhandse akte. Een partij die bevestigt dat zij kennis heeft genomen van bepaalde contractuele documenten dient daar dan ook de gevolgen van te dragen op het vlak van de bewijslevering<sup>416</sup>. De ondertekenaar mag (behoudens het stipuleren van een onweerlegbaar vermoeden) nog steeds het tegenbewijs leveren, maar de bewijslast dat de kennisnameclause niet strookt met de realiteit rust bij hem. Dit kan tot gevolg hebben dat de gebonden partij er niet in slaagt om de feitelijke waarheid te doen prevaleren op de eventueel tot stand gebrachte juridische fictie.

*Aanvaardingsclausules* zijn clausules waarbij een van de partijen uitdrukkelijk bevestigt dat hij of zij alle bedingen van de overeenkomst aanvaardt. Deze mogelijkheid tot contractualisering van de aanvaarding geldt niet onverkort ten aanzien van consumenten. Artikel 74, 26° WMPC (oud art. 32, 23. WHPC)<sup>417</sup> kwalificeert bedingen die op onweerlegbare wijze de instemming van de consument vaststellen met bedingen waarvan deze niet daadwerkelijk kennis heeft kunnen nemen

---

<sup>415</sup> Cf. Kh. Luik 2 januari 2008, *JT* 2008, 195; Kh. Turnhout 11 februari 2009, *RW* 2009-10, 1064 (de partij die beweert dat ze niet in het bezit is gesteld van de algemene voorwaarden van de medecontractant moet bewijzen dat die voorwaarden, in weerwil van de uitdrukkelijke tekst van de overeenkomst, niet bij de overeenkomst waren gevoegd). De Franse rechtspraak weigert dergelijke clausules toe te passen indien blijkt dat de medecontractant in werkelijkheid geen redelijke mogelijkheid tot kennisname genoot ten aanzien van de overeenkomst (cf. F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, Parijs, LGDJ, 1994, 20-21, nr. 24 en 300-304, nr. 493-494).

<sup>416</sup> Luik 29 oktober 2002, *JT* 2003, 342 (weegave); Gent 27 juni 2001, *TBBR* 2004, 261, noot A. DE BOECK; Gent 23 mei 1997, *Bank Fin.* 1997, 662, noot M. TISON; Brussel 11 september 1995, *Rev. Banque* 1995, 605; Rb. Doornik 3 januari 2001, *DCCR* 2001, 260; Rb. Aarlen 7 september 2000, *DAOR* 2003, 33, noot O. POELMANS en D. BLOMMAERT; cf. K. VANDERSCHOT, 37, nr. 66. Zie tevens Kh. Brussel 6 december 1996, *TBH* 1997, 61 (weergave) en Kh. Luik 18 december 1996, *TBH* 1997, 755; A. DE BOECK, "Enkele aspecten van de precontractuele informatie-uitwisseling" (noot onder Luik 24 april 2001 en Gent 27 juni 2001), *TBBR* 2004, (262) 267-268. Vgl. met Frankrijk: F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, 16-17, nr. 16.

<sup>417</sup> Zie voor een toepassing: Vred. Grâce-Hollogne 5 juni 2007, *JLMB* 2008, 112, noot C. BIQUET-MATHIEU.

vóór het sluiten van de overeenkomst namelijk als onrechtmatig. Dit artikel kent twee beperkingen. Ten eerste zijn alleen bedingen onrechtmatig die de instemming op *onweerlegbare* wijze vaststellen. Ten tweede kleeft de onrechtmatigheid alleen aan *aanvaardingsclausules* (het gaat om bedingen die de instemming vaststellen). Kennisnameclausules die op onweerlegbare wijze de *kennisname* vaststellen, worden niet rechtstreeks gevisieerd door dit artikel<sup>418</sup>. Voor de geldigheid van aanvaardingsclausules die de aanvaarding op onweerlegbare wijze vaststellen moet rekening worden gehouden met de mogelijkheid tot daadwerkelijke kennisname. Een kennisnameclausule alleen volstaat in die hypothese niet om aan te tonen dat de consument een daadwerkelijke mogelijkheid tot kennisname genoot. Clausules die niet onder het specifieke verbod van de zwarte lijst vallen, kunnen nog steeds onrechtmatig worden bevonden op grond van het algemene verbod op het gebruik van onrechtmatige clausules in de zin van artikel 2, 28° *juncto* 73 WMPC (oud art. 31, §1 WHPC).

#### 4.4 Onduidelijkheid over de aanvaarde inhoud van de overeenkomst

**84. Discrepancie tussen bijzondere voorwaarden en standaardvoorwaarden.** Een ander probleem met de bindende kracht van geheimhoudingsbedingen is dat de bijzondere regeling van de geheimhoudingsplicht in strijd kan zijn met andere bepalingen van de overeenkomst. Dit gevaar rijst vooral indien partijen gebruik maken van gestandaardiseerde modellen voor geheimhoudingsovereenkomsten. Zij kunnen dan bijvoorbeeld uit het oog verliezen dat het overgenomen standaardmodel reeds een regeling voorziet of, omgekeerd, dat het model nog geen regeling over een bepaald onderwerp bevat. De standaardformulieren kunnen anticiperen op de vergetelheid of het gebrek aan ervaring van de partijen door een eigen regeling te bevatten die overlappingen of lacunes voorkomt, bijvoorbeeld door te voorzien in een standaardduur die van toepassing wordt indien de partijen geen bijzondere regeling hiervoor uitwerken. De partijen kunnen via hun overeenkomst bijgevolg *zelf een voorrangsregeling kiezen in geval van conflict tussen verschillende contractuele bepalingen*.

**Voorbeeld:** “The obligations of a receiving party concerning Confidential Information disclosed by the other party under this Agreement shall terminate two years, or, if filled in here, then ... years after the Effective Date or upon the date entered herein”<sup>419</sup>.

De rechter is, in tegenstelling tot wat geldt voor stijlclausules, niet machteloos bij conflicten tussen een bijzondere regeling en standaardvoorwaarden. Deze onverenigbaarheid schept onduidelijkheid over de wil van de partijen en de rechter dient dit probleem op te lossen door middel van interpretatie (of aanvulling) van de overeenkomst. Het uitgangspunt van de rechtspraak is hierbij om in geval van conflict tussen beiden *eerder voorrang te geven aan handgeschreven dan aan gedrukte*

---

<sup>418</sup> P. CAMBIE, 173, nr. 205 en 217, nr. 259; R. STEENNOT, *Elektronisch betalingsverkeer: een toepassing van de klassieke principes*, Brussel, Intersentia, 2002, 50-51; S. STIJNS, “De leer der onrechtmatige bedingen na de wet van 7 december 1998”, *TBH* 2000, (148) 161.

<sup>419</sup> P. KURZ, 69.

*bedingen*<sup>420</sup>. De partijen hebben in principe namelijk meer aandacht besteed aan de onderhandeling en opstelling van de handgeschreven voorwaarden, zodat zij worden geacht om de reële wil van beide partijen op betrouwbare wijze te vertolken. Er wordt in geval van conflict<sup>421</sup> ook *eerder voorrang gegeven aan de bijzondere voorwaarden dan aan de standaardvoorwaarden*<sup>422</sup>. Ook hier is de redenering dat bijzondere bepalingen een bijzondere aandacht hebben genoten van de partijen.

De Nederlandse Hoge Raad oordeelde terecht dat de voorrang van een bijzondere voorwaarde op de standaardvoorwaarde geen algemeen rechtsbeginsel is<sup>423</sup>. De oplossing van een conflict tussen beiden moet worden gegrond op de wil van de partijen. Het gaat dan ook om een interpretatiekwestie.

De partijen kunnen het gevaar op tegenstrijdigheden minimaliseren door zelf een hiërarchie overeen te komen van contractuele bepalingen die in geval van conflict voorrang moeten krijgen op de andere bepalingen.

De auteur van een eenzijdige wilsuiking kan overigens eveneens verduidelijken welke wilsuiking prioritair is. Het uitgangspunt dat het bijzondere voorrang heeft op het algemene kan eveneens worden getransponeerd om resterende twijfels uit te klaren. Dit verklaart het gebruik van “anti-disclaimers” die de toepasselijkheid van de automatisch toegevoegde standaarddisclaimer op het bericht in kwestie uitsluiten.

---

<sup>420</sup> Gent 9 mei 1968, *BRH* 1968, 417; Kh. Antwerpen 18 december 1968, *RHA* 1969, 289; Kh. St.-Niklaas 23 maart 1965, *RW* 1964-65, 1834; A. CLOQUET, *La facture*, 202, nr. 525 en de verwijzingen aldaar; A. CLOQUET, “La valeur des mentions imprimées des factures”, *JT* 1957, (253) 254, nr. 11. Frankrijk: E.-H. PERREAU, “Clauses manuscrites et clauses imprimées”, *RTD Civ.* 1927, (303) 316-322 en in het bijzonder 317 (“qu’on doit donner la préférence à [la stipulation manuscrite] qui précisément à raison de son adjonction a spécialement attiré l’attention des parties et qui par conséquent atteste leur volonté d’y déroger”); D. MAINGUY, “Fasc. 60: conditions générales de Vente et contrats-types”, *JurisClasseur Contrats – Distribution*, nr. 26; M. PLANIOL en G. RIPERT, VI, 484, nr. 373bis.

<sup>421</sup> Antwerpen 3 november 1993, *Verkeersrecht* 1994, 110; Bergen 7 mei 1993, *T. Verz.* 1995, 278.

<sup>422</sup> Cass. 3 februari 1978, *Arr. Cass.* 1978, 663; Antwerpen 26 februari 2007, *RHA* 2008, 39 (algemene voorwaarden die in strijd zijn met de geschreven overeenkomst zijn geen onderdeel van de overeenkomst omdat zij niet in overeenstemming zijn met de wil van de partijen ten tijde van de contractsluiting); Bergen 10 september 2001, *RGAR* 2003 (verkort), nr. 13.675; Antwerpen 3 november 1993, *Verkeersrecht* 1994, 110; Bergen 7 mei 1993, *T. Verz.* 1995, 278; Kh. Gent 29 juni 1999, *Eur. Vervoerr.* 2000, 566; zie tevens Kh. Hasselt 20 september 1999, *TBBR* 2000 (verkort), 113; Vred. St.-Niklaas 22 oktober 1990, *RW* 1991-92, 1092. S. FREDERICQ, I, 1976, 255-256, nr. 220; A. CLOQUET, *La facture*, 202-203, nrs. 526-530 en de verwijzingen aldaar. Frankrijk: J. MESTRE, “De l’interprétation de clauses en conflit”, *RTD Civ.* 1999, 836 (“il faut [...] qu’elles ne contredisent pas les dispositions particulières contenues dans l’acte principal et qui, par hypothèse, expriment mieux la commune intention des parties” en “[...] en présence d’un conflit de clauses, que la contradiction a une naturelle tendance à se résoudre en faveur de la stipulation figurant dans le cœur même de l’acte”); D. MAINGUY, “Fasc. 60: conditions générales de Vente et contrats-types”, *JurisClasseur Contrats – Distribution*, nr. 25; Engeland: J. CHITTY, *Chitty on Contracts*, I, 741, nr. 12-070 en de verwijzingen aldaar. Het Duitse recht (§ 305b BGB) en de DCFR (II.-8:104 DCFR) geven een categorieke voorkeur aan individueel onderhandelde contractsbepalingen.

<sup>423</sup> Hoge Raad 13 juni 2003, C01/340 HR, LJN: AF 5538, *NJ* 2003, 497 (“De regel, waarop de klacht doelt, te weten dat een specifieke bepaling in een overeenkomst gaat boven een bepaling in algemene voorwaarden, is geen (ongeschreven) rechtsregel, doch kan hooguit gelden als een gezichtspunt, dat bij de uitleg van de overeenkomst met behulp van het Haviltex-criterium zonder schending van het recht in aanmerking kan worden genomen”). Zie voor een bespreking van dit arrest: T. VAN WEICHEM, “Wat gaat voor: een specifiek beding of een bepaling in algemene voorwaarden (HR 13 juni 2003, C01/340 HR)”, *Contracteren* 2003, 80-82.

Hetzelfde geldt voor de bijzondere toestemming om een terrein te betreden waarop een bord met verboden toegang werd geplaatst.

#### 4.5 Voorbehouden bij de aanvaarding

**85. Interne of externe voorbehouden.** Zowel aanbod als aanvaarding zijn eenzijdige, mededelingsplichtige rechtshandelingen. Een partij die wenst te aanvaarden mits voorbehoud moet duidelijk maken dat haar rechtshandeling geen contractsluiting onder de voorwaarden van het oorspronkelijke aanbod beoogt. Zoniet stelt zij zich bloot aan het risico dat deze rechtshandeling wordt opgevat als een aanvaarding op basis van de vertrouwensleer. *Subjectieve, interne voorbehouden* van de aanvaardende partij worden geneutraliseerd voor zover er een rechtmatige schijn is dat de reële wil van deze partij correspondeert met de meegedeelde wil. Subjectieve voorbehouden zijn immers niet kenbaar voor de aanbieder. Deze mag er in beginsel van uitgaan dat de aan hem meegedeelde rechtshandeling overeenstemt met de wil van de persoon die ze heeft gesteld.

De *veruitwendiging van een voorbehoud* belet bij de strikte toepassing van de wilsleer <sup>424</sup> de totstandkoming van de overeenkomst. De onvoorwaardelijke instemming met het aanbod is immers een wezenskenmerk van de aanvaarding. Ook deze redenering is vatbaar voor uitzonderingen op basis van de vertrouwensleer. De aanvaardende partij draagt het risico van de gecreëerde schijn indien haar rechtshandeling rechtmatig kan worden opgevat als een aanvaarding. Dit lijkt het geval te moeten zijn indien de “aanvaardende” partij weet of behoort te weten dat de aanbieder in de gegeven omstandigheden een *vermeende* aanvaarding -die in werkelijkheid een tegenvoorstel is- niet redelijkerwijze kan onderscheiden van een *gemeende* aanvaarding, terwijl het aangeboden contractvoordeel onmiddellijk toegankelijk is na het stellen van de handeling waaruit de vermeende of gemeende aanvaarding wordt afgeleid. De rechtshandeling ziet er in deze omstandigheden uit als een aanvaarding en ook de opeising van het contractvoordeel creëert de indruk van een instemming met het oorspronkelijke aanbod van de aanbieder. De “aanvaardende” partij riskeert daardoor de gevolgen van de aan haar toerekenbare schijn te moeten dragen.

Deze schijn van aanvaarding ondanks een voorbehoud kan ontstaan wanneer personen een terrein betreden met een *geafficheerd beding*, ook al hebben zij geen enkele subjectieve intentie om zich aan dit beding te onderwerpen. Zij kan tevens ontstaan indien deze personen het terrein betreden en hun bezwaar tegen het beding weliswaar veruitwendigen, maar dit doen op een manier die niet redelijkerwijze controleerbaar is voor de aanbieder. Dit is het geval wanneer de bestemming zijn bezwaar meedeelt door te roepen dat hij niet akkoord is bij de betreding van het terrein of door het dragen van een badge met de mededeling dat men elk geafficheerd beding afwijst. Dit

---

<sup>424</sup> Zie over de wilsleer, de vertrouwensleer en de verhouding tussen beide: W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, 306-307, nr. 103; A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, 131-173, nrs. 280-393; R. STEENNOT, *Elektronisch betalingsverkeer: een toepassing van de klassieke principes*, Antwerpen, Intersentia, 35-49, nrs. 45-63.

protest komt hooguit ter kennis van de medecontractant nadat de persoon in kwestie het contractvoordeel heeft opgeëist. De aanbieder beschikt hierdoor niet over een redelijke mogelijkheid om kennis te nemen van het tegenvoorstel en kan er bijgevolg niet tijdig op reageren. Het gebrek aan kennis van het voorbehoud en de opeising van het contractvoordeel door de bestemming kan echter een schijn van aanvaarding wekken van de oorspronkelijke contractvoorwaarden van de aanbieder. De bestemming is in die hypothese gebonden door deze voorwaarden alsof hij deze rechtstreeks heeft aanvaard.

Hetzelfde geldt voor de gebruiker van een website die zichzelf toegang verschaft door te doen alsof hij instemt met een *eula* door te klikken op “I agree”, en die daarbij een voorbehoud maakt dat niet verifieerbaar is voor de aanbieder. De bezoeker heeft hier de keuze om vooraf een voorbehoud te formuleren en de (vermoedelijk negatieve) reactie van de eigenaar van de site af te wachten. Het systeem dat wordt aangewend voor het bewijs van de instemming laat daarentegen niet toe om te differentiëren tussen gemeente en vermeende aanvaardingen. Het vervullen van de formaliteiten biedt (tenzij in geval van manuele activering van registraties) de gebruiker onmiddellijk toegang tot de site waarop de gebruiksvoorwaarden van toepassing zijn, zodat ook hier de legitieme indruk kan ontstaan dat personen die deze formaliteiten doorlopen ook effectief instemmen met het oorspronkelijke aanbod.

Hiervan was sprake in een zaak uit de Amerikaanse staat Virginia. Enkele *high schools* van Virginia maken gebruik van een elektronisch systeem, genaamd Turnitin, voor het opsporen van plagiaat. De scholen verplichten hun studenten om hun schoolwerk te uploaden in het systeem dat deze werkjes vervolgens vergelijkt met een databank die mede is samengesteld uit taken die studenten in het verleden reeds hebben ingegeven op de site van Turnitin. Voordat de studenten toegang krijgen tot het systeem dienen zij een *clickwrap* overeenkomst aan te gaan waarbij zij instemmen met gebruiksvoorwaarden van de site. Enkele studenten wensten te ontsnappen aan de toepassing van deze voorwaarden. Zij drukten bij de inlevering van hun werk op de “I agree” knop, maar hadden tevens een disclaimer op de voorpagina van hun werk toegevoegd waarin zij bezwaar maakten tegen de archivering ervan voor toekomstig gebruik door het Turnitin systeem. De rechtbank acht deze disclaimer echter niet tegenstelbaar: “The existence of disclaimers on the written Works indicating the Plaintiffs did not consent to the archiving of their Works does not modify the Agreement or render it unenforceable. The Clickwrap Agreement itself provides that the terms of the Agreement are not modifiable. Plaintiffs had the option to “Agree” or “Disagree”; no third option was available to allow Plaintiffs to modify the Agreement”<sup>425</sup>. De overeenkomst kwam dan ook tot stand op basis van de oorspronkelijke voorwaarden van de *clickwrap* overeenkomst.

Deze analyse is transposeerbaar naar het Belgische recht. De bestemming van het aanbod beschikt in ons rechtstelsel evenmin over het recht om op slinkse wijze wijzigingen aan te brengen aan het aanbod dat aan hem wordt gericht<sup>426</sup>. De

---

<sup>425</sup> US District Court Virginia (Alexandria Division) 11 maart 2008, *A.V. et al. v. iParadigms, LLC*, 544 F.Supp.2d 473, 480.

<sup>426</sup> G.L. BALLON, “The battle of forms” (noot onder Kh. Brussel 11 januari 2008), *DAOR* 2008, (111) 112; E. DIRIX en G.L. BALLON, 170, nr. 245; M.E. STORME, “Strijdige standaardvoorwaarden: ‘wie laatst lacht, lacht niet altijd best’”, *TBH* 1991, 557.

wijzigingen die een bestemming wenst aan te brengen, zijn immers te beschouwen als een tegenaanbod<sup>427</sup>. De partij die het tegenaanbod lanceert, mag daarbij niet speculeren op de aanvaarding van haar medecontractant indien deze geen redelijke mogelijkheid tot kennisname wordt geboden. Er is geen redelijke mogelijkheid tot kennisname indien men een tegenaanbod camoufleert als een aanvaarding van het oorspronkelijke aanbod.

Deze redenering kan in theorie ook worden toegepast op e-mailberichten waarbij de disclaimer vooraan wordt geplaatst. De ontvanger neemt hierdoor eerst kennis van het aanbod uit de disclaimer. Een disclaimer die stelt dat het verder lezen wordt opgevat als aanvaarding zou dan in theorie kunnen resulteren in een impliciete of stilzwijgende aanvaarding. Men stuit hier echter op het probleem dat de aanbieder geen recht heeft om eenzijdig te beslissen hoe het gedrag van de bestemming moet worden uitgelegd. Het gedrag van de bestemming kan slechts worden opgevat als aanvaarding in geval van een legitieme schijn. De verzender zal dan ook moeten aantonen dat het gedrag van de bestemming effectief mag worden opgevat als aanvaarding, wat niet noodzakelijk het geval is. De verzender moet daarvoor in eerste instantie aantonen dat de verzender het bericht daadwerkelijk heeft ontvangen, vervolgens dat hij redelijkerwijze kennis moest nemen van de disclaimer en ten slotte dat hij effectief kennis nam van de informatie. Daarbovenop zal de verzender dan nog eens moeten aantonen dat hij het gedrag van de ontvanger redelijkerwijze mocht opvatten als aanvaarding. De eventuele schijn van aanvaarding ontstaat hierbij gedeeltelijk door de eigen onzorgvuldigheid van de verzender. Deze kan immers eenvoudig elke ondubbelzinnigheid over de aanvaarding vermijden door eerst een (desnoods elektronische) geheimhoudingsovereenkomst te sluiten om pas daarna de informatie via e-mail ter beschikking te stellen aan zijn medecontractant. Twijfels over de aanvaarding zijn bijgevolg in hoge mate te wijten aan het gedrag van de verzender zodat het voor hem minder evident is om zich op een legitieme schijn te beroepen.<sup>428</sup>

#### 4.6 Formulierenstrijd

**86. Discrepancies tussen aanbod en aanvaarding resp. tegenaanbod.** Bij een *formulierenstrijd* (in de Anglo-Amerikaanse rechtsterminologie *battle of forms* genoemd) trachten beide contractsluitende partijen om de eigen standaardvoorwaarden (die bijvoorbeeld elk een andere geheimhoudingsregeling kunnen bevatten) op te leggen aan de medecontractant. Dit leidt tot conflicten wanneer de voorwaarden elkaar inhoudelijk tegenspreken of elkaar uitdrukkelijk

---

<sup>427</sup> Een loutere precisering van het voorstel, zonder wijziging ervan, resulteert echter niet in een tegenaanbod (Cass. 1<sup>o</sup> civ. (fr.) 27 mei 1961, *Bull. civ.* 1961, nr. 271). Dit is evenmin het geval voor de loutere vraag om bijkomende informatie (*Stevenson v. McLean* (1880) 5 QBD 346).

<sup>428</sup> Vgl. met de commentaar bij de Amerikaanse § 69 *Restatement (second) of Contracts* (Rest 2d Contr § 69): “[...] the offeror who has invited such an acceptance cannot complain of the resulting uncertainty in his position”.

uitsluiten *en* geen van beide algemene voorwaarden op ondubbelzinnige wijze werd aanvaard. Deze strijd kan op verschillende manieren worden beslecht<sup>429</sup>.

In eerste instantie rijst de vraag of de overeenkomst wel tot stand is gekomen. Bepaalde rechtspraak stelt dat het conflict tussen de formulieren wijst op een gebrek aan wilsovereenstemming, zodat nooit een overeenkomst werd gesloten<sup>430</sup>. Deze strekking houdt streng vast aan het principe dat de inhoud van het aanbod en de aanvaarding met elkaar moeten samenvallen (de zgn. *mirror image rule*<sup>431</sup>). De totstandkoming van een overeenkomst vereist evenwel slechts wilsovereenstemming over de essentiële en substantiële elementen<sup>432</sup>. Het is daardoor niet uitgesloten dat de overeenkomst toch wordt gesloten ondanks het gebrek aan volledige overlapping tussen aanbod en aanvaarding. Standaardvoorwaarden hebben doorgaans niet de hoedanigheid van essentieel of substantieel element<sup>433</sup>. In deze hypothese volstaat het om vast te stellen dat de betrokkenen wilsovereenstemming hebben bereikt over de (essentiële of substantiële) bijzondere contractvoorwaarden.

Indien de overeenkomst tot stand is gekomen, moet in tweede instantie worden nagegaan of en, zo ja, welke standaardvoorwaarden toepasselijk zijn. Hierover werden een aantal stellingen geponeerd. Een eerste stelling geeft de voorkeur aan het eerste woord (*first shot*)<sup>434</sup>. De algemene voorwaarden van de aanbieder krijgen dan voorrang. Een bezwaar tegen deze stelling is dat zij de contractuele dynamiek van aanbod en tegenaanbod categoriek buiten beschouwing laat. Een tweede stelling geeft de voorkeur aan het laatste woord (*last shot*). Hierbij gaat de voorkeur uit naar de partij die haar voorwaarden als laatste heeft meegedeeld<sup>435</sup>. In deze hypothese hebben

---

<sup>429</sup> Zie tevens de uitgebreide en rechtsvergelijkende bijdrage van Mahé: C.B.P. MAHE, "Conflit de conditions générales: quelle tactique adopter?" in F. W. GROSHEIDE en K. BOELE-WOELKI (eds.), *Europees privaatrecht: opstellen over internationale transacties en intellectuele eigendom*, Lelystad, Koninklijke Vermande, 1997, 85-138.

<sup>430</sup> Rb. Luik 29 maart 1973, *JL* 1972-73, 253.

<sup>431</sup> O. BEN-SHAHAR, "An Ex-Ante View of the Battle of the Forms: Inducing Parties to Draft Reasonable Terms", *International Review of Law and Economics* 2005, (350) 354; E. MURRAY, *Corbin on Contracts Desk Edition*, 3-29, §3.10[1]. Duitsland: § 150, (2) BGB; K. LUDWIG, 67. Zie tevens A. TUMMERS, "Comment résoudre le conflit entre les conditions générales du vendeur et celles de l'acheteur", *Ann. Fac. Dr. Liège* 1972, (585) 591-592.

<sup>432</sup> Cf. de opvatting van Lord Denning in Court of Appeal 25 april 1977, *Butler Machine Tool v. Excello Corp.* [1979] 1 WLR 401, 1 All ER 965 (CA) ("The better way is to look at all the documents passing between the parties -- and glean from them, or from the conduct of the parties, whether they have reached agreement on all material points -- even though there may be differences between the forms and conditions printed on the back of them"). Duitsland: K. LUDWIG, 44 en 70 (i.v.m. stilzwijgen bij een tegenaanbod met niet-essentiële afwijkingen van het oorspronkelijke aanbod). Frankrijk: J.-L. AUBERT, 261-272. België: zie *supra* randnr. 24.

<sup>433</sup> G.L. BALLON, *RAGB* 2008, (971) 972; M.E. STORME, "Strijdige standaardvoorwaarden: 'wie laatst lacht, lacht niet altijd best'", *TBH* 1991, 557-559.

<sup>434</sup> Zie kritisch naar Belgisch recht: F. DE LY, "Formulierenstrijd en totstandkoming van contracten", *RW* 1986-87, (1313) 1316-1317.

<sup>435</sup> A. CLOQUET, *La facture*, 203-204, nrs. 531-534. Zie bv. J. CHITTY, *Chitty on contracts*, I, Londen, Sweet & Maxwell, 2004, 138, nr. 2-035; Tummers stelt dat de Belgische rechtspraak voornamelijk deze theorie toepast, althans in de context van de koopovereenkomst: A. TUMMERS, "Comment résoudre le conflit entre les conditions générales du vendeur et celles de l'acheteur", *Ann. Fac. Dr. Liège* 1972, (585) 599. Zie opnieuw kritisch naar Belgisch recht: F. DE LY, "Formulierenstrijd en totstandkoming van contracten", *RW* 1986-87, (1313) 1318-1320.

de algemene voorwaarden van de aanbieder dan voorrang behoudens protest of bijkomende mededelingen van de aanbieder. Zij zal haar algemene voorwaarden namelijk trachten te koppelen aan haar wilsuiting tot (gedeeltelijke) aanvaarding van het oorspronkelijke aanbod. Het stilzwijgen van de medecontractant die het oorspronkelijke aanbod meedeelde, wordt dan uitgelegd als een stilzwijgende aanvaarding<sup>436</sup>. Het probleem met deze stelling is dat zij de partijen ertoe kan aanzetten om elkaar tot in het oneindige contractuele documenten te verzenden om het laatste woord niet aan de andere partij te moeten laten<sup>437</sup>. Ten slotte is er de stelling dat tegenstrijdige algemene voorwaarden elkaar opheffen bij gedeeltelijk (de overeenkomst zelf komt immers wel tot stand) gebrek aan wilsovereenstemming (*knock out*)<sup>438</sup>. Dit verhindert de totstandkoming van de rest van de overeenkomst niet omdat de standaardvoorwaarden in deze hypothese een niet-essentieel of niet-substantieel element zijn. De ontstane lacunes dienen dan te worden opgevuld via het gemene recht<sup>439</sup>. Standaardvoorwaarden die niet strijdig zijn, kunnen desgevallend wel worden toegepast op de overeenkomst tenzij minstens één van de standaardvoorwaarden een uitsluitingsbeding bevat dat ook niet-conflicterende bepalingen van de andere algemene voorwaarden uitsluit (d.i. dat een aanvulling van de andere algemene bepalingen ook als een wijziging beschouwt)<sup>440</sup>. De aanwezigheid van dit beding leidt per definitie tot een conflict tussen beide standaardvoorwaarden, zodat zelfs zonder inhoudelijk conflict moet worden nagegaan welk geheel van standaardvoorwaarden exclusief toe te passen is<sup>441</sup>. De kritiek die men op de *knock out rule* kan leveren is dat de gemeenrechtelijke bepalingen vaak eerder in het voordeel van één van de partijen gelden (bv. de koper). De wederzijdse *knock out* van de standaardvoorwaarden werkt dan per definitie in het voordeel van deze partij, zodat deze er alle belang bij heeft om eigen algemene voorwaarden mee te delen met als enig doel de uitschakeling van de algemene voorwaarden van de oorspronkelijke aanbieder.

<sup>436</sup> Cf. Kh. Brussel 11 januari 2008, *DAOR* 2008, 109, noot G.L. BALLON.

<sup>437</sup> Kh. Bergen 6 november 2008, *JT* 2008, 727.

<sup>438</sup> Dit is de geprefereerde benadering van De Ly, met als grondslag art. 1135 BW, mits nuancering dat de first shot en last shot benaderingen kunnen primeren op basis van een omstandig stilzwijgen of de vertrouwensleer (F. DE LY., "Formulierenstrijd en totstandkoming van contracten", *RW* 1986-87, (1313) 1320-1321).

<sup>439</sup> Antwerpen 7 mei 2008, *Limb.Rechtsl.* 2008, 296; Kh. Bergen 6 november 2008, *DAOR* 2009, 49; Kh. Tongeren 29 april 2008, *RABG* 2008, 968, noot G.L. BALLON; M. BOSMANS, "Les conditions générales en matière contractuelle (1975 à 1979)", *JT* 1981, 24, nr. 30; A. CLOQUET, *La facture*, 204, nr. 534 (alleen in de context van een gelijktijdige wilsuiting tot aanvaarding); O. BEN-SHAHAR, "An Ex-Ante View of the Battle of the Forms: Inducing Parties to Draft Reasonable Terms", *International Review of Law and Economics* 2005, (350) 355 ("The existence of conflicting terms is taken as mutual rejection, regardless of which was communicated first. As a result of this mutual rejection, the contract contains a gap. Accordingly, the Code [d.i. de Amerikaanse Uniform Commercial Code] supplements the gaps with its usual statutory gap-filler and, where applicable, with immanent business norms"); zie tevens naar Frans recht: A. TUMMERS, "Comment résoudre le conflit entre les conditions générales du vendeur et celles de l'acheteur", *Ann. Fac. Dr. Liège* 1972, (585) 604.

<sup>440</sup> Vgl. BGH 20 maart 1985, *NJW* 1985, 1839.

<sup>441</sup> Vgl. BGH 24 oktober 2000, *NJW-RR* 2001, 484.



Een laatste strekking is de zogenaamde *best shot* of *reasonable shot rule* waarbij de voorkeur wordt gegeven aan de redelijkste standaardvoorwaarden<sup>442</sup>. Deze strekking is af te wijzen naar Belgisch recht omdat zij verder gaat dan een louter onderzoek naar de aanvaarding van de algemene voorwaarden. De rechter verlaat hierdoor het terrein van de partijwil en riskeert zijn rechtsmacht te overschrijden door de overeenkomst tussen de partijen te wijzigen<sup>443</sup> in plaats van deze louter te interpreteren of aan te vullen met de wil van de wetgever of de gebruiken.

De hierboven weergegeven stellingen zijn bekend in de meeste rechtsstelsels<sup>444</sup>. Naar Belgisch recht is er nog een strekking die categoriek de voorkeur geeft aan de standaardvoorwaarden van de partij die aanvaardt. Deze theorie beroept zich op interpretatieregels die stellen dat onduidelijkheid moet worden uitgelegd tegen de verkoper (art. 1602 BW) of ten nadele van de partij die bedongen heeft (art. 1162 BW). Deze stelling dient te worden verworpen aangezien de toepassing van dergelijke interpretatieregels impliceert dat de bedingen in kwestie werden aanvaard, terwijl dit net het twistpunt is bij een *battle of forms*<sup>445</sup>. Het is wel zo dat de bewijslast van de aanvaarding van de algemene voorwaarden rust op de partij die zich erop beroept, maar de betwisting over deze aanvaarding vormt net de kern van de *battle of forms*.

De keuze tussen de verschillende theorieën kan worden opgelegd door de wetgever. Zo opteerde de Nederlandse wetgever voor een gematigd *first shot* systeem (art. 6:225, lid 3 van het Nederlandse BW): bij conflict tussen standaardvoorwaarden zijn de algemene voorwaarden van de aanbieder van toepassing tenzij deze uitdrukkelijk van de hand worden gewezen in de aanvaarding van de medecontractant<sup>446</sup>. Artikel 19, 2 van het Weens Koopverdrag lijkt toepassing te maken van de *last shot* regel<sup>447</sup>.

---

<sup>442</sup> V. GOLDBERG, "The Battle of the Forms: Fairness, Efficiency, and the Best-Shot Rule", 76. Ore. L. Rev. 155; O. BEN-SHAHAR, "An Ex-Ante View of the Battle of the Forms: Inducing Parties to Draft Reasonable Terms", *International Review of Law and Economics* 2005, (350) 357-363.

<sup>443</sup> Cf. Cass., 15 oktober 1987, *Arr. Cass.* 1987-88, 190 (de rechter mag de overeenkomst tussen de partijen niet wijzigen op basis van de billijkheid).

<sup>444</sup> In het algemeen: V. FORTI, "La bataille des conditions générales contradictoires: études comparatives", *RIDC* 2008, 729-762; België: Q. VAN ENIS, "L'opposabilité des conditions générales off-line et on-line: de la suite dans les idées?" in *Les conditions générales. Questions particulières*, (9) 20-25; Frankrijk: F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, Parijs, LGDJ, 1994, 29-34, nr. 36-44; D. MAINGUY, "Fasc. 60: conditions générales de Vente et contrats-types", *JurisClasseur Contrats – Distribution*, nr. 28; Verenigde Staten: K. STEMP, "A comparative analysis of the 'battle of the forms'", *Transnational Law and Contemporary Problems* 2005, 243-286 (15 Transnat'l L. & Contemp. Probs. 243); G. RÜHL, "The battle of the forms: comparative and economic observations", 24 U. Pa. J. Int'l Econ. L. 189, 189-224; Engeland: Court of Appeal 25 april 1977, *Butler Machine Tool v. Excello Corp.* [1979] 1 W.L.R. 401, 1 All E.R. 965 (C.A.) (overzicht door Lord Denning van de klassieke stellingnames); Nederland: S. KRUISINGA, "De *battle of the forms* in international perspectief: een eerlijke strijd", *Contracteren* 2005, 4-9; H. KRANS, "Battle of forms", *Contracteren* 2002, 13-15.

<sup>445</sup> G.L. BALLON, *DAOR* 2008, (111) 112; J. VAN RYN en J. HEENEN, III, 1981, 26, nr. 18; P. GRÉGOIRE, (63) 79.

<sup>446</sup> Zie hierover H. KRANS, "Battle of forms", *Contracteren* 2002, 13-15; S.A. KRUISINGA, "Battle of forms" in B. WESSELS, R.H.C. JONGENEEL en M.R. HENDRIKSE (eds.), *Algemene voorwaarden*, den Haag, Kluwer, 2006, 32-34; T.H.M. VAN WECHER, *Toepasselijkheid van algemene voorwaarden*, 155, nr. 243 *et seq.*

<sup>447</sup> Deze uitleg wordt bekritiseerd: S. KRUISINGA, "De *battle of the forms* in internationaal perspectief: een eerlijke strijd?", *Contracteren* 2005, (4) 6-7; K. STEMP, "A comparative analysis of the 'battle of the forms'", *Transnational Law and Contemporary Problems* 2005, (243) 260-264 (15 Transnat'l L. & Contemp. Probs. 243).

Zowel de PECL als de UNIDROIT principes opteren voor de *knock out* regel<sup>448</sup>. De statelijke wetgevers in de VS volgden het principe van de *knock out* voor de koop tussen handelaren geregeld in de Uniform Commercial Code<sup>449</sup>. De Belgische wetgever heeft zich tot nader order niet vastgepind op een van de vermelde theorieën<sup>450</sup>. Bij gebrek aan wettelijke grondslag kan bijgevolg niet onverkort voorrang worden gegeven aan één van de hierboven aangehaalde oplossingen<sup>451</sup>. Het bestaan van de overeenkomst en de toepasselijkheid van deze of gene standaardvoorwaarden dient te worden overgelaten aan het oordeel van de feitenrechter. Hij moet zonder zich *a priori* vast te pinnen op één van de hierboven vermelde theorieën nagaan of de partijen redelijkerwijze kennis konden nemen ten aanzien van de wederzijds voorgestelde standaardvoorwaarden en zal vervolgens moeten vaststellen hoe het gedrag van de partijen ten aanzien van deze voorstellen *in concreto* moet worden uitgelegd<sup>452</sup>. Hij dient met andere woorden de wil van de partijen na te gaan<sup>453</sup>. De oorspronkelijke aanbieder (resp. oorspronkelijke bestemming) kan bijvoorbeeld duidelijk maken dat de aanvaarding van haar standaardvoorwaarden een essentieel element is voor de contractsluiting. De toepassing van de *first shot rule* (resp. *last shot rule*) ligt dan het meest voor de hand. Wanneer beide partijen hun eigen conflicterende algemene voorwaarden hebben voorgesteld en zich niettemin gedragen alsof de overeenkomst is gesloten, wijst dit dan weer op een wil tot toepassing van de *knock out rule*.

## 5. Besluit

<sup>448</sup> Art. 2:22 UNIDROIT Principes en art. 2:209 PECL (dit artikel is alléén van toepassing op algemene voorwaarden, art. 2:208 is van toepassing op andere contractuele clausules).

<sup>449</sup> § 2-207 (3) UCC.

<sup>450</sup> De Engelse *case law* past vooral de *last shot* regel toe: Court of Appeal 25 april 1977, *Butler Machine Tool v. Exccello Corp.* [1979] 1 W.L.R. 401, 1 All E.R. 965 (C.A.) (de meer genuanceerde opinie van Lord Denning in dit arrest acht de toepassing van de andere theorieën mogelijk naargelang de feiten van de zaak); J. CHITTY, *Chitty on contracts*, I, Londen, Sweet & Maxwell, 2004, 138, nr. 2-035; K. STAMP, "A comparative analysis of the 'battle of the forms'", *Transnational Law and Contemporary Problems* 2005, (243) 256-258 (15 Transnat'l L. & Contemp. Probs. 243). In Duitsland werd in eerste instantie geopteerd voor de *last shot* regel op basis van § 150, (2) BGB, maar is een evolutie merkbaar naar de toepassing van de *knock out* regel op basis van de artikelen 154 en 155 BGB (minstens indien de partijen gebruik maken van een *abwehrklausel* die de toepassing van de andere algemene voorwaarden uitsluit of indien zij op een andere manier duidelijk maken dat zij de eigen voorwaarden van toepassing beschouwen of de andere afwijzen): OLG Köln 19 maart 1980, *BB* 1980, 1237 en *WM* 1980, 905; H. EBEL, "Die Kollision Allgemeiner Geschäftsbedingungen", *NJW* 1978, 1033-1037; O. DE LOUSANOFF, "Neues zur Wirksamkeit des Eigentumsvorbehaltes bei kollidierenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen", *NJW* 1985, 2921-2925; P. SCHLECHTRIEM, "Kollidierende Geschäftsbedingungen im internationalen Vertragsrecht" in K.-H. THUME (ed.), *Festschrift für Rolf Herber zum 70. Geburtstag*, Newied, Luchterhand, 1999, 36-49. Ook in Frankrijk is een voorkeur merkbaar voor de *knock out* regel: F. TERRÉ, Ph. SIMLER en Y. LEQUETTE, 2005, 133, nr. 122; J. MESTRE, "Les documents contractuels" (noot onder Cass. 1<sup>o</sup> Civ. (fr.) 10 april 1996), *RTD Civ.* 1997, 118; F. LIMBACH, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales*, 281-282, nr. 557.

<sup>451</sup> A. TUMMERS, "Comment résoudre le conflit entre les conditions générales du vendeur et celles de l'acheteur", *Ann. Fac. Dr. Liège* 1972, (585) 615.

<sup>452</sup> Cf. G.L. BALLON, "The battle of forms", (111) 113. Zie tevens C. DELFORGE, 550, nr. 119; Q. VAN ENIS, "L'opposabilité des conditions générales *off-line* et *on-line*: de la suite dans les idées?" in *Les conditions générales. Questions particulières*, (9) 16.

<sup>453</sup> P. WERY, *Droit des obligations*, I, *Théorie générale du contrat*, 2010, 197.

87. Dit hoofdstuk heeft betrekking op de totstandkoming van contractuele geheimhoudingsplichten. De klemtoon lag op de verenigbaarheid van zogenaamde onpersoonlijke technieken met de klassieke noties van aanbod en aanvaarding in het contractenrecht. Moderne ondernemingen zien zich namelijk genoodzaakt om technieken te gebruiken om te trachten contractuele rechten en plichten tot stand te brengen met personen waarmee zij geen enkel persoonlijk contact hebben. Het gaat meer bepaald om de aanwending van disclaimers in e-mails, eindverbruikersovereenkomsten en borden, affiches of stempels. Deze technieken communiceren een aanbod in de vorm van een standaardbeding. Dit wil zeggen dat de andere partij wordt geacht om dit aanbod te aanvaarden zonder enige mogelijkheid tot onderhandelen. Standaardbedingen blijven echter onderworpen aan de gemeenrechtelijke totstandkomingsvereisten van de overeenkomst. De persoon die zich erop wenst te beroepen dient dan ook een wilsovereenstemming tussen de partijen aan te tonen. Op het vlak van het aanbod rijzen in de eerste plaats problemen met het ernstige karakter van het overgemaakte aanbod. Uit het concrete gebruik van standaardbedingen kan namelijk blijken dat de aanbieder zijn aanbod zelf niet ernstig neemt. Daarnaast rijzen problemen met het vaste karakter van het aanbod. De standaardbedingen zijn vaak namelijk zodanig vaag geformuleerd teneinde op zoveel mogelijk situaties toepasbaar te zijn dat de bestemming ervan niet met zekerheid kan uitmaken of het voorstel daadwerkelijk op hem van toepassing is. In sommige gevallen wordt het aanbod bovendien te laat megedeeld, dit is nadat de bestemming reeds kennis heeft kunnen nemen van de informatie en dus geen belang meer heeft om in te stemmen met beperkingen op zijn gedrag ten aanzien daarvan. Het staat de aanbieder vrij om te kiezen hoe het aanbod wordt gecommuniceerd. De bestemming van het aanbod moet echter een redelijke mogelijkheid tot kennisname genieten. Dit is een feitenkwestie die een onderzoek vereist naar de consulteerbaarheid, zichtbaarheid en verstaanbaarheid van het aanbod of van specifieke bestanddelen daarvan. De overeenkomst komt slechts tot stand indien de bestemming het aanbod aanvaardt. De aanvaarding gebeurt in beginsel vormvrij, al kunnen de partijen specifieke formaliteiten overeenkomen in de vorm van bijvoorbeeld een *entire agreement clause* of een *amendment clause*. De aanvaarding kan zelfs stilzwijgend gebeuren indien dit blijkt uit de omstandigheden of indien de bestemming van het aanbod onderworpen is aan een protestplicht. Ten slotte kwamen enkele bijzondere problemen inzake het aanbod en de aanvaarding aan bod. Hierbij werd onder meer onderzocht wat de gevolgen van een kwalificatie als stijlclausule zijn voor een geheimhoudingsbeding en wat de gevolgen zijn van een tegenaanbod met afwijkende bedingen.

### III. PARTIJEN BIJ DE GEHEIMHOUDINGSPLICHT

#### 1. Inleiding

**88. Plan.** In dit hoofdstuk worden de rechtsgevolgen van het statuut van personen als partij of derde bij de geheimhoudingsovereenkomst onderzocht. Er wordt nagegaan wat de modaliteiten zijn om geheimhoudingsovereenkomsten te sluiten met bepaalde personen en wat voor technieken beschikbaar zijn om de informatie te beschermen tegen ongewenste partijen.

##### 1.1 Hoedanigheid van partij of derde bij de overeenkomst

**89. Hoedanigheid van contractspartij.** Elk rechtssubject dat daartoe de nodige bekwaamheid bezit, kan zelfstandig een overeenkomst aangaan (art. 1123 BW). Geheimhoudingsovereenkomsten wijken op dit punt niet af van het gemene recht. Het uitgangspunt is eenvoudig: men wordt contractspartij door de overeenkomst in eigen naam en voor eigen rekening aan te gaan, door zich geldig (of schijnbaar) te laten vertegenwoordigen of door een overdracht dan wel een rechtsopvolging onder algemene of bijzondere titel. Het is belangrijk om de partijen bij de overeenkomst op afdoende wijze te definiëren, zodat geen betwisting mogelijk is over de identiteit ervan<sup>454</sup>. Het bewijs dat een bepaald rechtssubject de hoedanigheid heeft van contractspartij kan worden gesteund op een formele aanvaarding, maar ook op het feit dat een partij als contractspartij vermeld staat in de overeenkomst gecombineerd met gedragingen die wijzen op een daadwerkelijke gebondenheid door de overeenkomst<sup>455</sup>.

**90. Betrokkenheid bij de overeenkomst zonder hoedanigheid van rechtstreekse contractspartij.** Personen die geen rechtstreekse partij zijn bij de overeenkomst kunnen als derde niettemin materieel betrokken worden bij die contractuele verhouding omdat zij worden ingeschakeld voor de uitvoering van een verbintenis die daar deel van uitmaakt (*infra* randnr. 94 en 136). Men kan daarbij denken aan individuele leden van de onderneming, zoals werknemers, bestuurders of zaakvoerders, tussenpersonen, groepen van vennootschappen of andere derden.

**91. Gevolgen van hoedanigheid contractspartij – derde.** De informatieverstrekker beschikt, gelet op de samenloopregel in het Belgische recht, in beginsel slechts over een *contractuele vordering* ten aanzien van de *geheimplichtige medecontractant*. Contractspartijen kunnen in hun onderlinge relatie slechts uitzonderlijk kiezen voor de toepassing van de regels van de buitencontractuele aansprakelijkheid, namelijk wanneer de verweten fout een tekortkoming uitmaakt aan de algemene zorgvuldigheidsplicht en indien deze fout een andere dan een aan de slechte uitvoering van het contract te wijten schade veroorzaakt. Dit is steeds het geval indien de fout een inbreuk maakt op een strafrechtelijke bepaling. Bij

<sup>454</sup> Cf. R. SCHUMACHER, 571-578, nrs. 1448-1467.

<sup>455</sup> Gent 12 september 2007, 2006/AR/374, onuitg. (de tegenpartij in het geding stond als enige contractspartij vermeld en er was een overeenkomst gesloten in toepassing van artikel 55 WBTW).

geheimhoudingsovereenkomsten kan dit onder meer het geval zijn voor een inbreuk op het strafrechtelijk beschermde fabrieksgeheim (art. 309 Sw.) of de schending van het telecommunicatiegeheim (onder meer art. 314bis Sw.).

De relativiteit van de overeenkomst (artikel 1165 BW) verhindert dat de informatieverstrekker derden<sup>456</sup>, met inbegrip van aangestelden van de informatieverkrijger, *rechtstreeks* langs de contractuele weg aanspreekt voor een inbreuk op de overeenkomst. Bij gebrek aan contractuele band met de ingeschakelde derden beperkt de vorderingsmogelijkheid van de informatieverstrekker zich tot de buitencontractuele aansprakelijkheid<sup>457</sup>. Deze route is echter beperkt door de leer van de coëxistentie. Aangestelden en uitvoeringsagenten genieten in het Belgische recht namelijk van een verregaande immuniteit. Ook zij kunnen slechts worden aangesproken in de mate dat de verweten fout een tekortkoming uitmaakt aan de algemene zorgvuldigheidsplicht en indien deze fout een andere dan de slechte uitvoering van het contract te wijten schade veroorzaakt. De informatieverstrekker kan trachten de inherente moeilijkheden met de aansprakelijkheid van de secundaire informatieverkrijgers te verhelpen door een rechtstreekse contractuele band tot stand te brengen met deze derden bij de oorspronkelijke geheimhoudingsovereenkomst (*infra* randnr. 95 en 144).

**92. Misbruik van de rechtspersoonlijkheid en derdemedeplichtigheid aan contractsbreuk.** Derden zijn niet gebonden door de overeenkomst (art. 1165 BW)<sup>458</sup>. Het uitgangspunt is bijgevolg dat een rechtspersoon niet gebonden is door de verbintenissen die persoonlijk op haar zaakvoerders of vennoten rusten<sup>459</sup> en omgekeerd (art. 61 W.Venn.). De rechtspraak maakt een uitzondering op dit principe voor personen die zich trachten te verstoppen achter de rechtspersoonlijkheid van een vennootschap om zo niet-concurrentieplichten te ontlopen<sup>460</sup>. De loutere oprichting

---

<sup>456</sup> Kh. Brussel 29 oktober 1932, *Jur. Comm. Brux.* 1932, 361 (de persoon die het voorwerp uitmaakt van foutieve inlichtingen verstrekt door een inlichtingenbureau is niet verplicht tot naleving van de geheimhoudingsplicht die geldt in de relatie tussen het bureau en haar cliënt). Zie ook: Cour d'appel Versailles (12<sup>e</sup> kamer) 26 februari 2004, nr. JurisData: 2004-234664.

<sup>457</sup> Cass. 13 april 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, 1083 en *Pas.* 1984, I, 1022 (verhouding tussen de uitvoeringsagent van een contractant en de (verzekeraar van de) medecontractant); Cass. 25 oktober 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, 237 (verhouding tussen contractspartijen of hun uitvoeringsagenten en derden).

<sup>458</sup> Zie bv. Trib. Comm. Parijs (16<sup>e</sup> Kamer) 2 februari 1998, nr. Juris-Data 1998-046251 (moeder- en dochtervennootschap blijven aparte rechtspersonen en de ene kan zich niet beroepen op verbintenissen die derden zijn aangegaan ten aanzien van de andere vennootschap).

<sup>459</sup> Brussel 9 januari 1997, *DAOR* 1997, 85, noot G. L. BALLON.

<sup>460</sup> Cf. de rechtsfiguur van de zogenaamde vereenzelviging als grond tot doorbraak van aansprakelijkheid: Gent 6 december 2001, *TRV* 2002, 376, noot K. VANDEKERCKHOVE (Louter economische of vermogensrechtelijke banden volstaan niet om aan de juridische realiteit van de afgescheiden rechtspersoonlijkheid voorbij te gaan. Dit kan enkel in geval van simulatie, vermenging of foutief verwekte schijn); Antwerpen 1 februari 1994, *RHA* 1994, 227, noot; Antwerpen 12 december 1995, *Eur.Vervoerr.* 1996, 123; K. VANDEKERCKHOVE, "Enkele bemerkingen over staatsondernemingen, doorbraak van aansprakelijkheid en toepasselijk recht" (noot onder Gent 5 december 2001), *TRV* 2002, 376, nr. 4; zie tevens de rechtsvergelijkende analyse van deze auteur: K. VANDEKERCKHOVE, *Piercing the corporate veil*, Alphen aan den Rijn, Intersentia, 2007, 396 (België), 449 (Frankrijk), 471 (Duitsland), 490 (Verenigd Koninkrijk) en 511 (Verenigde Staten). Zie over de terminologische discussie rond de noties vereenzelviging en doorbraak van aansprakelijkheid: K. VANDEKERCKHOVE, "Vereenzelviging en het doorbreken van de rechtssubjectiviteit van verbonden

van een rechtspersoon om de activiteit verder te zetten volstaat niet om zich als natuurlijke persoon van een niet-concurrentieplicht te ontdoen<sup>461</sup>. Ook de strategie waarbij een rechtspersoon een niet-concurrentieplicht onderschrijft waarop de controlerende persoon een nieuwe rechtspersoon opricht voor de voortzetting van de concurrentie wordt doorprikt. Natuurlijke personen die nauw betrokken waren bij het bestuur van de oorspronkelijke vennootschap kunnen gebonden zijn door de niet-concurrentieplichten die zij in diens hoofde zijn aangegaan<sup>462</sup> of zijn minstens aansprakelijk wegens derdemedeplichtigheid aan contractsbreuk<sup>463</sup> wanneer zij betrokken zijn bij de wanprestatie<sup>464</sup>. Een nieuw opgerichte rechtspersoon is niet persoonlijk gebonden door de niet-concurrentieplicht, maar is (in de mate dat het gaat om een geldige niet-concurrentieplicht<sup>465</sup>) door zijn betrokkenheid evenzeer aansprakelijk wegens derdemedeplichtigheid aan contractsbreuk<sup>466</sup>. De concurrentiële daden van de nieuwe rechtspersoon die (bewust) leiden tot een miskenning van de niet-concurrentieplicht zijn vatbaar voor een vordering tot staking aangezien zij onrechtmatige handelspraktijken zijn<sup>467</sup>.

---

vennootschappen” (noot onder Voorz. Arrondrb. Alkmaar 24 oktober 1996), *TRV* 2000, (275) 276; K. VANDEKERCKHOVE, *Piercing the corporate veil*, 380. Zie verder naar Nederlands recht: L. GROENEWOUD, “Vereenzelviging als grond tot doorbraak van aansprakelijkheid”, *V&O* 2003, 4-6. Misbruik van de rechtspersoonlijkheid resulteert in beginsel in een buitencontractuele aansprakelijkheid, maar kan in uitzonderlijke gevallen resulteren in de vereenzelviging van de betrokken personen en daardoor uitmonden in een contractuele aansprakelijkheid (zie uitgebreid naar Nederlands recht: C. ASSER, J.M.M. MAEIJER, G. VAN SOLINGE en M.P. NIEUWE WERNE, *Rechtspersonenrecht. De naamloze en besloten vennootschap in Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht*, Deventer, Kluwer, 2009, 2-II, 1064 *et seq.*).

<sup>461</sup> Gent 27 mei 1988, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 1988, 187, noot I. VEROUGSTRAETE; Rb. Luik 6 oktober 1994, *JLMB* 1995, 929; Kh. Verviers 20 maart 1978, *JL* 1979, 133. Zie ook Voorz. Kh. Leuven 6 mei 2004, *DAOR* 2004, 53.

<sup>462</sup> Luik 18 mei 1995, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 1995, 309; Brussel 21 maart 1984, *TBH* 1984, 539; Kh. Verviers 24 november 1992, *TBH* 1993, 963.

<sup>463</sup> Zie over deze rechtsfiguur: S. STIJNS en F. VAN LIEMPT, “Derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk” in V. SAGAERT en D. LAMBRECHT (eds.), *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 37-84.

<sup>464</sup> Brussel 29 december 1987, *Ing. Cons.* 1988, 56 (Een rechtspersoon was gebonden door een niet-concurrentiebeding i.v.m. de distributie van een tijdschrift. De zaakvoerder van deze rechtspersoon begint in eigen naam met de verdeling van een gelijkaardig tijdschrift en kan daarbij rekenen op steun van de rechtspersoon in de vorm van infrastructuur en *knowhow*. De rechter beschouwt dit als een schending van het niet-concurrentiebeding).

<sup>465</sup> Luik 28 juni 2007, *TRV* 2009, 750, noot F. PARREIN.

<sup>466</sup> Gent 27 mei 1988, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 1988, 187, noot I. VEROUGSTRAETE; Voorz. Kh. Leuven 6 mei 2004, *DAOR* 2004, 53. Zie tevens Gent 6 oktober 1989, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 1989, 220, noot E. GULDIX (toerekening van kennis aan de rechtspersoon over vroegere contractuele relaties van diens bestuurders of zaakvoerders); Antwerpen 16 december 1996, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 1996, 425 (toerekening van kennis aan de rechtspersoon m.b.t. de contractuele relaties van de oprichters); F. PARREIN, “Het bijkantoor van een buitenlandse vennootschap, de statutaire doeloverschrijding en de derdemedeplichtigheid aan andermans contractbreuk” (noot onder Luik 28 juni 2007), *TRV* 2009, (750) nr. 19. Zie ook m.b.t. de inschakeling van natuurlijke personen zoals de echtgenoot of kinderen van de niet-concurrentieplichtige: Gent 22 maart 1952, *RW* 1952-53, 714; Gent 19 maart 1927, *J. C. Fl.* 1927, 221; Kh. Gent 25 mei 1907, *Pas.* 1908, III, 15; *Pand. b.*, v<sup>o</sup> Concurrence illicite, 635, nr. 87 en 636, nr. 94.

<sup>467</sup> Bergen 13 oktober 1997, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 1997, 434.

Een persoon die zijn aandelen in een vennootschap verkoopt, heeft daarentegen slechts een vrijwaringsplicht ten aanzien van de aandelen<sup>468</sup>. Deze verplichting werd door het hof van beroep te Gent niet uitgebreid naar het patrimonium van de vennootschap in kwestie (wat een niet-concurrentieplicht ten aanzien van het handelsfonds van de vennootschap zou impliceren). Bij gebrek aan een contractueel niet-concurrentiebeding dient de verkoper van aandelen zich niet te onthouden van een activiteit die concurrerend is met deze van de vennootschap. Hier is per hypothese geen sprake van het kunstmatig ontwijken van een niet-concurrentieplicht omdat noch de vennootschap, noch de verkoper van de aandelen bedrieglijke engagementen zijn aangegaan.

## 1.2 Betrokkenheid van derden bij de overeenkomst

**93. Drie technieken voor de betrekking van derden.** Er zijn drie technieken om derden te betrekken bij de contractuele relatie tussen de informatieverstrekker en –ontvanger: de partijuitbesteding, de partijtoevoeging en de partijvervanging. Het onderscheid tussen deze mogelijkheden is verre van theoretisch. Het vormt immers het aanknopingspunt voor de rechten en plichten van de verschillende betrokkenen, wat de modaliteiten zijn om hen daarop aan te spreken en of een contractspartij desgevallend moet instaan voor bepaalde betrokkenen. De geheimhoudingsovereenkomst kan contractuele afspraken bevatten voor elk van deze mogelijkheden, zowel om de mogelijkheden die het gemene recht biedt uit te breiden als om deze te beperken of zelfs uit te sluiten.

**94. Partijuitbesteding.** De eerste techniek is de partijuitbesteding. Er is sprake van uitbesteding wanneer een contractspartij een derde inschakelt voor de materiële uitvoering van de overeenkomst. De vraag rijst of de geheimplichtige over het prerogatief beschikt om derden in te schakelen voor de *geheimhouding* van de informatie (dit vereist nog niet *ipso facto* de kennisname ervan) en of hij zelfs het prerogatief heeft om de informatie *door te geven* aan derden (die er dan wel kennis van nemen) met het oog op de realisatie van zijn contractuele doelstellingen. Dit is de vraag naar de toelaatbaarheid van bijstand of vervanging door uitvoeringsagenten. Partijen kunnen deze mogelijkheid regelen via afspraken over de toegestane verspreiding van de informatie. De partijuitbesteding is de minst verregaande ingreep op het statuut van de betrokkenen. De uitbesteder blijft namelijk partij bij de overeenkomst terwijl de uitbesteding geen volwaardige contractspartij maakt van de ingeschakelde derde.

**95. Partijtoevoeging.** De tweede techniek bestaat uit de uitbreiding van het aantal contractanten<sup>469</sup>. Hier rijst de vraag of de contractuele relatie het exclusieve speelterrein is van de oorspronkelijke partijen, dan wel of derden als contractspartij kunnen toetreden tot de reeds gesloten overeenkomst. Dit kan op twee manieren gebeuren: enerzijds via een *contractantstoevoeging* of anderzijds via een

---

<sup>468</sup> Gent 25 mei 2005, *DAOR* 2005, 334.

<sup>469</sup> De contracttoetreding wordt gedefinieerd als alle gevallen waar een derde rechten en verplichtingen aan een bestaande overeenkomst ontleent, zonder dat nochtans vereist is dat de toetreders in exact dezelfde rechtspositie komt te staan als de oorspronkelijke contractspartij(en) (E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, 69, nr. 86).

*contractstoevoeging*. De eerste manier leidt tot de toetreding van een partij tot de reeds bestaande overeenkomst waarvan de modaliteiten in principe reeds vaststaan. De tweede manier doet een volledig nieuwe overeenkomst ontstaan die onafhankelijk geldt van de oorspronkelijke overeenkomst. De partijtoevoeging laat de meester van het geheim toe om zijn nieuwe geheimplichtige medecontractanten rechtstreeks aan te spreken voor een eventuele wanprestatie die zij begaan.

**96. Partijvervanging.** De derde en meest verregaande techniek betreft de mogelijkheid voor één of meerdere partijen om zelf de hoedanigheid van partij op te geven en zich te laten vervangen door een andere partij. Dit laatste niveau is te onderscheiden van het niveau van de partijuitbesteding. Hier gaat het om een vervanging in de juridische relatie. De uitbesteding leidt daarentegen slechts tot een materiële vervanging in de uitvoering van de overeenkomst. De techniek van de vervanging is niet zo goed afgestemd op geheimhoudingsovereenkomsten. De vervanging van een contractspartij is namelijk riskant indien de oorspronkelijke partij wordt bevrijd en/of de informatieverstrekker wordt geconfronteerd met een derde waarmee hij niet wenst te contracteren.

### 1.3 Overdracht van de overeenkomst of clause in het gemene contractenrecht

**97. Probleemstelling.** Een contractuele geheimhoudingsplicht creëert een juridisch obstakel voor de verspreiding van de informatie door de medecontractant. Doel van die verplichting is de kring van informatieverkrijgers zoveel mogelijk in te perken en de verdere uitbreiding ervan te verbieden of minstens te controleren. Een contractueel verbod kampt echter met een fundamentele beperking. Het richt zich enkel tot de *medecontractant* van de meester van het geheim. Het statuut van partij of derde bij een overeenkomst is echter niet noodzakelijk een vast gegeven. Het verbintenissenrecht bevat technieken die toelaten om overeenkomsten geheel of gedeeltelijk te laten circuleren. Dit brengt het risico met zich mee dat de geheimhoudingsplicht minstens op beperkte schaal wordt omzeild. De informatieontvanger is namelijk misschien in staat om (bestanddelen van) de achterliggende contractuele relatie over te dragen en zo onrechtsreeks toegang te verlenen tot de informatie in plaats van deze *an sich* door te geven. In deze afdeling wordt onderzocht of dit gevaar reëel is en hoe de meester van het geheim een dergelijke uitholling van zijn feitelijke monopolie op de informatie kan voorkomen. Deze analyse vereist vooreerst inzicht in de wijze waarop (bestanddelen van) contracten kunnen worden overgedragen. Dit kan gebeuren via een overdracht onder bijzondere titel en de overdracht onder algemene titel. Daarna wordt nagegaan hoe de meester van het geheim dit gevaar kan neutraliseren of minstens minimaliseren.

#### 1.3.1 Overdracht onder bijzondere titel

**98. Overdracht van een schuldvordering, schuld of overeenkomst.** De overdracht onder bijzondere titel heeft betrekking op een bepaald goed, namelijk de overdracht van een specifieke verbintenis of van een specifieke overeenkomst. Elke verbintenis bevat noodzakelijkerwijze twee aspecten: een actief en een passief bestanddeel. Het



recht op naleving in hoofde van de ene partij impliceert onvermijdelijk een verplichting om het engagement na te komen in hoofde van de andere. Het vorderingsrecht van de schuldeiser is het actieve bestanddeel van de verbintenis. Het passieve bestanddeel is de daarmee corresponderende schuld van de tegenpartij. De mogelijkheid tot overdracht van de rechtsposities van de partijen verschilt naargelang het gaat om de overdracht van het actieve (rechtspositie van de schuldeiser), dan wel van het passieve (rechtspositie van de schuldenaar) bestanddeel van de verbintenis.

**99. Overdracht actief bestanddeel van de verbintenis (rechtspositie van de schuldeiser).** Schuldvorderingen zijn vatbaar voor overdracht zonder instemming van de schuldenaar (art. 1689 e.v. BW). De overdracht is wel pas tegenwerpelijk mits naleving van de opgelegde formaliteiten<sup>470</sup>. De cessie leidt tot een overname van de rechtspositie van de schuldeiser. Die mogelijkheid is doorgaans niet problematisch omdat de schuldenaar vaak geen belang heeft bij (en dus geen nood heeft aan een recht op) het behoud van dezelfde schuldeiser. Uitzonderingen op die principiële overdraagbaarheid zijn de verbintenissen met een *intuitu personae* karakter (*infra* randnr. 106) en de verbintenissen waarvoor de mogelijkheid tot overdracht door de partijen wordt uitgesloten (*infra* randnr. 175). De cessie kan slechts betrekking hebben op een actuele of toekomstige verbintenis. Een reeds nagekomen verbintenis komt niet in aanmerking. De schuldeiser kan immers niet meer rechten overdragen dan waarover hij zelf beschikt en zijn vorderingsrecht dooft uit op het moment van betaling. Voor geheimhoudingsovereenkomsten of –bedingen betekent dit dat het recht om op de hoogte te worden gebracht van de informatie uitdooft nadat men in het bezit is gesteld van die informatie. Na de uitdoving kan de schuldeiser de informatie alleen “materieel” overdragen, maar dit zou (behoudens de geldige inschakeling van uitvoeringsagenten of andere toegestane informatieverkrijgers) een schending opleveren van zijn geheimhoudingsplicht. De “materiële” overdracht mag bijgevolg niet worden verward met een overdracht van de schuldvordering om informatie te verstrekken. In theorie kan de schuldeiser-informatieontvanger de schuldvordering wel cederen voordat de schuldenaar-informatieverstrekker de kans krijgt om ze na te komen. Die operatie stuit echter op het *intuitu personae* karakter van de verbintenis tot informatieverstrekking (*infra* randnrs. 118 en 120). Het is overigens mogelijk dat de geheimplichtige niet eens beschikt over een schuldvordering tot verstrekking van de geheime informatie. Er kan ook slechts sprake zijn van een vrijblijvend, potestatief recht voor de meester van het geheim om informatie te verstrekken indien en voor zover hij dat zelf wenst (*infra* randnr. 354). Dit is doorgaans het geval voor geheimhoudingsafspraken in het raam van onderhandelingen. De geheimplichtige is in deze hypothese verplicht tot geheimhouding indien hem informatie wordt meegedeeld zonder dat hij enig recht heeft om de meester van het geheim te dwingen tot een informatieverstrekking.

De onderworpenheid aan een geheimhoudingsplicht kan een obstakel zijn voor de overdracht van schuldvorderingen door de geheimplichtige die betrekking hebben op de relatie. Zo kan de overdracht door een advocaat van schuldvorderingen ten aanzien van één van zijn cliënten of de endossering door

---

<sup>470</sup> Art. 1690 BW; E. DIRIX, 149, nr. 201.

een hospitaal van facturen van patiënten strijdig zijn met het beroepsgeheim indien daarbij te veel informatie wordt vrijgegeven. Deze overdracht geeft namelijk blijk van het feit dat de schuldenaar van de vordering contacten onderhield met de advocaat of het hospitaal, terwijl zelfs het bestaan van dergelijke contacten gedekt kan zijn door het beroepsgeheim<sup>471</sup>. Een geheimhoudingsplicht verhindert een schuldenaar die op de hoogte is van de overdracht echter niet om de schuld te betalen aan de cessionaris. De schuldenaar moet zich wel beperken tot de uitbetaling. Hij mag geen bijkomende informatie verstrekken<sup>472</sup>.

**100. Overdracht passief bestanddeel van de verbintenis (rechtspositie van de schuldenaar).** Een bevrijdende schuldoverdracht is niet mogelijk zonder de toestemming van de schuldeiser (*cf.* art. 1275-1277 BW). Zoniet zouden de belangen van de schuldeiser in gevaar worden gebracht omdat de medecontractant zijn schuld zou kunnen doorspelen aan een ongeschikte of onvermogen schuldenaar. De schuldenaar kan zich materieel laten bijstaan voor de uitvoering van zijn verbintenis en kan eenzijdig een extra schuldenaar aanwijzen (art. 1275 BW), maar zonder medewerking van de schuldeiser resulteert geen van beide rechtsfiguren in een juridisch bevrijdende overdracht van de oorspronkelijke schuld. Een contractuele afspraak die beperkt blijft tot de oorspronkelijke schuldenaar en een overnemer is namelijk een *res inter alios acta* voor de schuldeiser.

De rechtsleer is, steunend op het beginsel van de wilsautonomie<sup>473</sup>, wel van mening dat de overdracht van een schuld mogelijk is mits instemming van de schuldeiser. Die operatie verschilt van een delegatie omdat de verbintenis ten opzichte van de schuldeiser ongewijzigd wordt overgedragen<sup>474</sup>. Bepaalde lagere rechtspraak sluit zich aan bij de stelling dat schulden overdraagbaar zijn<sup>475</sup>. Het Hof van Cassatie oordeelde dat schulden niet overdraagbaar zijn en dat de operatie waarbij een schuldeiser instemt met een indeplaatsstelling moet worden geanalyseerd als een novatie in plaats

---

<sup>471</sup> Brussel 23 oktober 1990, *JT* 1991, 496, noot J. CRUYPLANTS (de aan de bank meegedeelde documenten bevatten onder meer naast het bedrag van de factuur ook de naam van de patiënt, zijn mutualiteit, het feit van zijn hospitalisatie en de duur ervan, de dienst waarin de patiënt werd opgenomen en soms ook de naam van de betrokken geneesheer. De rechtbank oordeelt dat de medische dienstverstreker de naam van patiënten niet mag meedelen aan derden en *a fortiori* al helemaal niet de aard van de verstrekte medische dienstverlening). Zie ook KI Brussel 31 mei 1999, *P&B* 2000, 46, noot P. TRAEST. Zie over de problematiek van de overdracht van schuldvorderingen door advocaten en bankiers naar Zwitsers recht: Ch. STEINER, *Die Abtretung von Forderungen geheimhaltungspflichtiger Gläubiger*, Bern, Stämpfli, 2001, 214p.

<sup>472</sup> Zie m.b.t. de notaris: J.-F. TAYMANS, “Le secret professionnel du notaire face aux oppositions extrajudiciaires, aux saisies-arrêts et aux cessions de créance” in D. STERCKX en J.-L. LEDOUX (eds.), *Mélanges offerts à Roland De Valkeneer*, Brussel, Bruylant, 2000, (467) 479-481.

<sup>473</sup> H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Brussel, Bruylant, 1967, 375-376, nr. 386; zie tevens de uitgebreide verwijzingen naar Franse auteurs: A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, R. Pichon en R. Durand-Auzias, 1980, 6, nr. 18, voetnoot 21.

<sup>474</sup> W. VAN GERVEN en S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, III, 2000, 458.

<sup>475</sup> Bergen 20 januari 2002, *TBBR* 2007, 218, noot N. CARETTE (hoewel niet gereguleerd door het BW, kan de overdracht van schulden geldig bestaan wanneer zij plaatsvindt met instemming van de schuldeiser); zie tevens Luik 19 januari 2006, *JLMB* 2006, 825 (aanvaarding dat de oorspronkelijke schuldenaar wordt bevrijd van zijn verbintenis en dat een andere vennootschap de plaats innam in de contractuele relatie die op alle punten onveranderd bleef).

van een overdracht<sup>476</sup>. De novatoire werking van een delegatie, dit is het aanbrengen van een nieuwe schuldenaar, mag echter niet worden vermoed. De schuldeiser moet duidelijk instemmen met de bevrijding van de oorspronkelijke schuldenaar (art. 1275 BW). In geval van twijfel is hij niet ontslagen van zijn verbintenissen<sup>477</sup>.

**101. Overdracht van de overeenkomst (actieve en passieve bestanddelen).** De figuur van de *contractoverdracht* onder bijzondere titel is niet geregeld in het Burgerlijk Wetboek<sup>478</sup>. Volgens de klassieke visie diende het effect van een contractsoverdracht dan ook te worden nagestreefd door de actieve en passieve bestanddelen afzonderlijk over te dragen volgens de op hen toepasselijke voorwaarden en formaliteiten<sup>479</sup>. Dit was echter geen geschikte oplossing voor het doel dat de partijen per hypothese in gedachten hadden<sup>480</sup>, zijnde de overdracht van een bestaande rechtsverhouding als dusdanig. Het Burgerlijk Wetboek voorziet namelijk evenmin in de mogelijkheid tot een volwaardige bevrijdende *schuldoverdracht*, alleen maar in mechanismen met novatoire werking die leiden tot een autonome rechtsverhouding. Een werkelijke overdracht impliceert dat de bestaande rechtsverhouding overgaat op een nieuwe contractspartij. Een mechanisme dat een nieuwe verbintenis tot stand brengt kan daarom per definitie nooit leiden tot een werkelijke contractsoverdracht, omdat het novatoire karakter van de overdracht dit uitsluit<sup>481</sup>. De geoorloofdheid van de contractsoverdracht werd vervolgens, naar analogie met de overdracht van schulden, gezocht in de contractsvrijheid van de partijen. De overdracht kan volmaakt of onvolmaakt gebeuren. Een volmaakte contractsoverdracht heeft een bevrijdende werking, maar vereist de medewerking van de medecontractant vermits de bevrijding van zijn oorspronkelijke medecontractant zijn rechtspositie beïnvloedt. Zij kan alleen plaatsvinden indien contractanten in staat worden geacht om ook passieve bestanddelen over te kunnen dragen. Een

---

<sup>476</sup> Cass. 26 september 2003, *Pas.* 2003, 1487 (het beroep was gericht tegen een arrest van het hof van beroep te Bergen van 10 september 2001); vgl. Cass. 14 november 1940, *Pas.* 1940, I, 292 (wanneer de feitenrechter heeft vastgesteld dat de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen was de oorspronkelijke schuldenaar te bevrijden en hem te vervangen door een nieuwe schuldenaar, dan kan hij daaruit wettelijk afleiden dat schuldvernieuwing plaatsgreep).

<sup>477</sup> Bv. Brussel 25 september 1995, *AJT* 1995-96, 563, noot B. WYLLEMAN.

<sup>478</sup> Specifieke wetgeving kan in een afwijkende regeling voorzien. Zo worden de rechten en plichten die uit de arbeidsovereenkomst voortvloeien onveranderd overgedragen op de overnemer van een onderneming (*infra* randnr. 134). Deze operatie heeft alleen maar een overdracht van de bestaande rechtsverhouding tot gevolg (Arbh. Luik 18 januari 2006, *JT* 2006, 471, noot R. CAPART). Partijen kunnen naar aanleiding van de overdracht weliswaar een nieuwe overeenkomst sluiten, maar die mag niet indruisen tegen de reeds bestaande rechten en plichten die het voorwerp uitmaken van een dwingende regeling (Arbh. Luik 8 september 1986, *JL* 1987, 295; Arbh. Brussel 26 mei 1989, *JTT* 1989, 491, noot; Arbrb. Charleroi 12 februari 1996, *Soc. Kron.* 1998, 240; vgl. Arbrb. Luik 9 december 1997, *Soc. Kron.* 1998, 241; zie tevens Arbrb. Luik 11 december 2000, *JTT* 2001 (verkort), 51 – een proefbeding opgenomen in een nieuwe arbeidsovereenkomst is nietig indien de werknemer naar aanleiding van de overname geen andere functie krijgt toegewezen; Arbh. Luik 18 oktober 1999, *JTT* 2000, 160 – de anciënniteit van de werknemer blijft behouden).

<sup>479</sup> Zie hierover E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, nr. 50.

<sup>480</sup> P. VAN OMMESLAGHE, “La transmission des obligations en droit positif belge” in *La transmission des obligations*, Brussel, 1980, (81) 166.

<sup>481</sup> E. DIRIX, nr. 48. Een aantal Franse auteurs betwisten evenwel de nood aan een translatieve werking van de overdracht en stellen dat de toestemming van de medecontractant onvermijdelijk leidt tot de totstandkoming van een nieuwe overeenkomst (J. GHESTIN, C. JAMIN en M. BILLIAU, *Les effets du contrat* in *Traité de droit civil*, Parijs, LGDJ, 2001, 1138-1140, nr. 1053).

onvolmaakte contractsoverdracht vereist die medewerking niet (tenzij de medecontractant een belang heeft bij de persoonlijke uitvoering – cf. art. 1237 BW), maar heeft geen bevrijdende werking. De onvolmaakte contractsoverdracht gebeurt via een eenzijdige cessie van de actieve bestanddelen en een vrijwillige uitvoering van de verbintenis door de derde-overnemer op basis van artikel 1236, tweede lid BW<sup>482</sup>.

**102. Risico's bij de overdracht onder bijzondere titel.** Het gevaar op een ongecontroleerde verruiming van de kring van de geheimhouders blijft beperkt bij de overdracht onder bijzondere titel. Alleen een schuldvordering komt in aanmerking voor een eenzijdige cessie en het *intuitu personae* karakter van een recht op informatieverstrekking (*infra* randnrs. 118 en 120) volstaat om een dergelijke ongewenste overdracht te voorkomen. De primaire informatieontvanger kan zich niet eenzijdig op bevrijdende wijze ontdoen van zijn geheimhoudingsplicht, maar hij zou zich wel kunnen laten bijstaan door onbetrouwbare uitvoeringsagenten. Ook dit brengt het geheim in gevaar omdat de kring van personen die op de hoogte zijn van de informatie wordt verbreed. Het gaat daarbij echter niet om de overdracht van een verbintenis op juridisch vlak, maar om een materiële verspreiding die de oorspronkelijke contractspartij niet ontslaat van haar verplichtingen.

### 1.3.2 Overdracht onder algemene titel

**103. Principiële overgang van alle rechten en plichten.** De overdracht onder algemene titel heeft betrekking op het hele vermogen van een natuurlijke persoon of een rechtspersoon. Deze rechtsfiguur vindt voor natuurlijke personen haar grondslag in artikel 724 BW<sup>483</sup>. Die bepaling stelt dat de erfgenamen van rechtswege<sup>484</sup> (op het moment van het overlijden en mits aanvaarding) in het bezit treden van alle goederen, rechten en rechtsvorderingen van de overledene. Als keerzijde zijn zij ook gehouden om te voldoen aan 'alle' lasten van de nalatenschap. Dit uitgangspunt wordt in navolging van artikel 1122 BW genuanceerd door twee uitzonderingen. De niet-overdraagbaarheid kan ten eerste voortvloeien uit een contractuele afspraak of uit een wettelijke bepaling. Ten tweede kan zij voortvloeien uit de aard van de overeenkomst. Dit is het geval voor de overeenkomsten met een *intuitu personae* karakter. De niet-overdraagbaarheid van *intuitu personae* overeenkomsten kent evenwel op haar beurt een uitzondering: bij fusie of splitsing van een rechtspersoon worden in beginsel zelfs *intuitu personae* overeenkomsten overgedragen (*infra* randnr. 196).

**104. Verwerping van de nalatenschap of aanvaarding onder het voorrecht van boedelbeschrijving.** De erfopvolging vindt alleen plaats mits aanvaarding van de erfenis. Deze aanvaarding kan uitdrukkelijk of stilzwijgend gebeuren (art. 778 BW), maar kan in elk geval niet worden opgedrongen (art. 775 BW). De aanvaarding heeft terugwerkende kracht tot op de dag van het overlijden (art. 777 BW). Wie de erfenis

---

<sup>482</sup> Van Ommeslaghe analyseerde deze operatie in het Belgische recht (P. VAN OMMESLAGHE, "La transmission des obligations en droit positif belge" in *La transmission des obligations*, Brussel, 1980, (81) 174).

<sup>483</sup> Vgl. art. 1009 BW voor het algemeen legaat en 1012 BW voor het legaat onder algemene titel.

<sup>484</sup> De formaliteiten van artikel 1690 BW zijn niet van toepassing.

verwerpt wordt geacht nooit erfgenaam te zijn geweest (art. 785 BW) en is daardoor tot geen enkele verplichting van de erflater gehouden. Naast de reeds aangehaalde uitzonderingen kan de overdracht (op basis van het erfrecht) dan ook steeds worden vermeden door de verwerping van de nalatenschap<sup>485</sup>. Hetzelfde geldt voor de erfgenaam die de erfenis aanvaardt onder het voorrecht van boedelbeschrijving, maar dan slechts ten belope van de schulden en lasten die de baten van de boedel overschrijden.

**105. Risico's bij de overdracht onder algemene titel.** De rechten en plichten van de erflater gaan in beginsel over naar de erfgenamen onder algemene titel. Dit heeft tot gevolg dat de informatieverstrekker kan worden geconfronteerd met nieuwe contractspartijen aan wie hij de informatie mogelijk niet wenst toe te vertrouwen en aan wie hij mogelijk evenmin een gebruiksrecht op de informatie wenst toe te staan. Een gelijkaardige partijvervanging doet zich voor bij een overdracht via fusie of splitsing van rechtspersonen en de inbreng van een algemeenheid of bedrijfstak (cf. artt. 671 *et seq.* W.Venn.)<sup>486</sup>. De geheimhoudingsplicht wordt in deze hypothesen met de rest van de overeenkomst overgedragen met behoud van de rechten en plichten die uit deze overeenkomst voortvloeien. Zelfs de toegang tot de informatie met behoud van de geheimhoudingsplicht kan echter al een brug te ver zijn voor de informatieverstrekker, bijvoorbeeld wanneer de informatie daardoor in de handen van een rechtstreekse concurrent komt.

1.4 *Intuitu personae* karakter als rem op de overdracht van contractuele bestanddelen en bescherming tegen identiteitswijzing van de medecontractant

**106. Intuitu personae karakter – contractuele modulering.** Uit het voorgaande blijkt reeds dat het verbintenissenrecht een zekere speelruimte biedt die het nut van de overeenkomst in gevaar brengt voor de informatieverstrekker. Er zijn namelijk *in se* legitieme mechanismen die toelaten dat derden toegang zouden kunnen krijgen tot de informatie. De circulatie van de overeenkomst (of in het geval van uitvoeringsagenten: van de informatie die er het voorwerp van uitmaakt – *infra* randr. 136) kan op twee manieren worden vermeden of worden gecontroleerd. Enerzijds kan beroep worden gedaan op het eventuele *intuitu personae* karakter van de overeenkomst. In dat geval is een eenzijdige overdracht in principe uitgesloten. Anderzijds kunnen de partijen anticiperen op de problematiek van de circulatie door een eigen regeling uit te werken. Dit laat hen toe om een uitdrukkelijke toestemmingsvereiste voor de overdracht in te bouwen of zelfs om de mogelijkheid tot overdracht volledig uit te sluiten.

1.4.1 Definitie en vaststelling van het *intuitu personae* karakter

---

<sup>485</sup> Vgl. m.b.t. de overdracht van een niet-concurrentieplicht: M. GEVERS, noot onder Gent 21 januari 1950, *RCJB* 1950, (277) 289.

<sup>486</sup> Een belangrijk onderscheid is dat in het Belgische recht de overeenkomsten met een *intuitu personae* karakter (in beginsel) niet overgaan bij een normale overdracht onder algemene titel (art. 1122 BW), terwijl dit (in beginsel, behoudens andersluidende afspraak) wel het geval is bij de overdracht via fusie en aanverwante operaties (*supra* randnr. 103 en *infra* randnr. 196).

**107. Definitie.** De persoon van de medecontractant is nooit volstrekt onbelangrijk. Elke contractant hecht tot op zekere hoogte belang aan het uitkiezen van capabele, solvabele en betrouwbare medecontractanten <sup>487</sup>. Niettemin wordt de contractsbereidheid voor vele overeenkomsten in beginsel slechts gewekt door de voordelen die de partij verwacht te halen uit de overeenkomst. De medecontractanten worden daarbij uitgekozen op basis van louter objectieve kenmerken. In die zin is de specifieke identiteit van de uiteindelijke contractspartij van ondergeschikte orde. Dit is de categorie van de overeenkomsten *intuitu pecuniae* of *intuitu rei*. De overeenkomsten die strikt *intuitus personae* worden gesloten, vormen daar een uitzondering op. Dergelijke overeenkomsten worden niet alleen aangegaan voor de pecuniaire voordelen, maar ook wegens de specifieke hoedanigheid van de medecontractant <sup>488</sup> (waarmee affectieve banden kunnen bestaan, of wiens betrekking in de contractuele relatie als dusdanig van belang is voor het verkrijgen van de beoogde pecuniaire voordelen). De doorslaggevende reden om een overeenkomst *intuitus personae* te sluiten, is de persoon zelf of zijn bijzondere kwaliteiten (talent, ervaring, etc.) <sup>489</sup>. De identiteit van de medecontractant (of bv. een van zijn uitvoeringsagenten) behoort daardoor tot het voorwerp <sup>490</sup> of de oorzaak <sup>491</sup> van de aangegane verbintenis(sen). Zij maakt met andere woorden deel uit van de structuur van de overeenkomst. Niet alleen de identiteit van een natuurlijke persoon als dusdanig kan doorslaggevend zijn. Ook rechtspersonen, natuurlijke personen met een handelsfonds (*intuitu firmae* of *societatis* karakter), of specifieke groepen van

<sup>487</sup> M. CONTAMINE-RAYNAUD, 522, nr. 338; L. AYNES, *La cession de contrat*, Parijs, Economica, 1984, 230, nr. 331.

<sup>488</sup> Zoals De Page het stelt: “dans le contrat intuitu personae, ce n’est pas, en d’autres termes, le contrat comme tel qui intéresse celui qui le souscrit, mais le contrat exécuté par telle personne et non par telle autre, en raison de son aptitude ou de ses capacités” (H. DE PAGE, II, 422-424, nr. 460bis).

<sup>489</sup> M. CONTAMINE-RAYNAUD, 416-568; B. PETIT, “Art. 1101 à 1108-2. Contrats et obligations - Définition et classification des contrats”, *JurisClasseur Code civil*, 2004, nr. 64.

<sup>490</sup> Contamine-Raynaud spreekt daarom van “réification”: “[...] la personne a une incidence sur l’objet qu’elle fournit. [...] Il y a en quelque sorte incorporation de la personnalité du co-contractant dans l’objet même de la prestation, “réification” de la personne. La personne se trouve “choisifiée” car une ou plusieurs de ses caractéristiques se trouve considérée c’est-à-dire appréciée en même temps et au même titre que la chose.” (M. CONTAMINE-RAYNAUD, 33, nr. 28 en 270-271, nr. 189). De auteur merkt verder op dat het vervangen van de schuldeiser in wiens hoofde de overeenkomst *intuitus personae* werd gesloten een wijziging van de aangegane verbintenis tot gevolg zou hebben (M. CONTAMINE-RAYNAUD, 185-186, nr. 134; zie tevens L. AYNES, 236, nr. 343) – men kan daarbij denken aan de vervanging van de schuldeiser bij een contract van lijfrente of van de beneficiaris van een onderhoudsverbintenis. De vervanging van deze partijen zou een essentieel element van de schuld wijzigen aangezien de levensduur of levensbehoeften van de nieuwe schuldeiser zal verschillen van de oude schuldeiser.

<sup>491</sup> Rb. Brussel 16 juni 1962, *JT* 1962, 480; P. VOIRIN, noot onder Lyon 16 mei 1928, *D* 1928, II, 197; M. AZOULAI, “L’élimination de l’intuitus personae dans le contrat” in P. DURAND (ed.), *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, Parijs, Pichon & Durand-Auzias, 1960, 4, nr. 7; P. MARCHANDISE “Le changement de cocontractant dans les contrats à prestations successives” in *Het contract met opeenvolgende prestaties*, Brussel, Vlaams Pleitgenootschap, 1991 (127) 151; L. AYNES, *La cession de contrat*, Parijs, Economica, 1984, 234, nr. 337. De concrete oorzaak is de bijzondere affectieve band die men heeft met of het vertrouwen dat men stelt in de medecontractant (zie uitgebreid over beide categorieën: F. VALLEUR, *L’intuitus personae dans les contrats*, Parijs, Duchemin, 1938, 20-111). Een voorbeeld daarvan de huurovereenkomst die werd aangegaan wegens de familiebanden met de huurder. Dit mag uiteraard niet resulteren in een *cum hoc ergo propter hoc* redenering: het is niet omdat men familiebanden heeft, dat de huur noodzakelijkerwijze *intuitus personae* wordt gesloten (zie Rb. Hasselt 23 december 1996, *Limb. Rechtsl.* 1998, 126, noot D. DEGREEF).

(natuurlijke of rechts)personen<sup>492</sup> komen in aanmerking (bv. de aandeelhouders van een rechtspersoon - *intuitu socii*)<sup>493</sup>. Zo kan de overeenkomst worden aangegaan op basis van de identiteit of de capaciteiten van het orgaan dat de rechtspersoon vertegenwoordigt<sup>494</sup>, wegens de uitvoeringsagenten van de medecontractant<sup>495</sup> of op basis van de *know how* of *goodwill* die eigen is aan de persoon (of het handelsfonds) in kwestie<sup>496</sup>. Ten slotte maken een aantal auteurs een onderscheid tussen een positief en een negatief *intuitu personae* karakter<sup>497</sup>. Bij het positieve *intuitu personae* karakter moet de contractspartij voldoen aan bepaalde positieve eigenschappen. Het negatieve karakter heeft betrekking op de afwezigheid van niet-gewenste eigenschappen, zonder dat specifieke positieve vereisten zijn opgelegd. Het onderscheid heeft weinig toegevoegde waarde. De afwezigheid van ongewenste kenmerken is immers op zich al te kwalificeren als een positieve eigenschap, terwijl de afwezigheid van gewenste kenmerken evenzeer een negatieve eigenschap is. De vaststelling dat bepaalde *intuitu personae* overeenkomsten toch vatbaar zijn voor overdracht aan bepaalde personen is eenvoudig te verklaren door het feit dat die personen voldoen aan de eigenschappen die de medecontractant belangrijk vindt. Het kan daarbij zowel gaan op positieve als om negatieve eigenschappen.

**108. Soevereine vaststelling door de feitenrechter – *intuitu personae* karakter behoort tot de contractsvrijheid.** Het *intuitu personae* karakter vloeit voort uit de aard van de overeenkomst of uit de wil van de partijen<sup>498</sup>. De feitenrechter oordeelt soeverein over de aanwezigheid ervan<sup>499</sup>. Een *intuitu personae* karakter is de

<sup>492</sup> M. AZOULAI, “L’élimination de l’intuitus personae dans le contrat” in P. DURAND (ed.), *La tendance a la stabilité du rapport contractuel*, Parijs, Pichon & Durand-Auzias, 1960, (1) 2, nr. 3.

<sup>493</sup> Zie uitgebreid over het *intuitu personae* karakter t.a.v. (natuurlijke personen betrokken bij) rechtspersonen in het Franse vennootschapsrecht: I. PASCUAL, “La prise en considération de la personne physique dans le droit des sociétés”, *RTD Com.* 1998, 273. Zie tevens S. HELOT, “La place de l’intuitus personae dans la société de capitaux”, *D* 1991, 143; A. MORIN, “Intuitus personae et sociétés cotées”, *RTD Com.* 2000, 299.

<sup>494</sup> Zie Kh. Verviers 24 november 1992, *TBH* 1993, 963 (“que la selection du partenaire s’opère donc sur base de critères propres à la personne physique qui sera amenée à diriger l’entreprise franchisée”).

<sup>495</sup> Luik 19 oktober 1998, *TBBR* 2000 (verkort), 53; Brussel 5 oktober 1988, *TBH* 1989, 883, noot L. LIEFSOENS; Rb. Luik 14 oktober 2003, *T. Gez.* 2004-05, 31, noot V. GAUCHE. Men kan bijvoorbeeld *intuitus personae* contracteren met een vennootschap wegens het specifieke team dat die contractspartij zal inschakelen voor de uitvoering van de overeenkomst. Zie evenwel kritisch: P. MARCHANDISE “Le changement de cocontractant dans les contrats à prestations successives” in *Het contract met opeenvolgende prestaties*, Brussel, Vlaams Pleitgenootschap, 1991 (127) 155. Deze auteur merkt op dat de verplichting van de rechtspersoon om een specifieke natuurlijke persoon in te schakelen voor de uitvoering van de overeenkomst niet noodzakelijk leidt tot een persoonsgebonden overeenkomst. De auteur beschouwt die afspraak slechts als een resultaatsverbintenis in hoofde van de rechtspersoon.

<sup>496</sup> M. WAUTERS, “De overdracht van verbintenissen *intuitu personae* bij fusie, splitsing en inbreng van algemeenheid of bedrijfstak”, *TRV* 2004, 244, nr. 5; Frankrijk: Cour d’appel Parijs (5<sup>e</sup> kamer), 25 januari 1995 AR 17113/93, Polyfilla / Consortium SPSA, *Bull. Joly Soc.* 1995, 413, noot A. COURET (nr. JurisData: 1995-600233).

<sup>497</sup> M. CONTAMINE-RAYNAUD, 53, nr. 42 en de verwijzingen aldaar; zie kritisch: M. AZOULAI, “L’élimination de l’intuitus personae dans le contrat” in P. DURAND (ed.), *La tendance a la stabilité du rapport contractuel*, Parijs, Pichon & Durand-Auzias, 1960, 1-2, nr. 2.

<sup>498</sup> P. MARCHANDISE “Le changement de cocontractant dans les contrats à prestations successives” in *Het contract met opeenvolgende prestaties*, Brussel, Vlaams Pleitgenootschap, 1991 (127) 151. Zie tevens voor Frankrijk: Trib. Com. Parijs, AR 94 018812, 10 april 1996.

<sup>499</sup> Cass. 24 mei 1878, *Pas.* 1878, I, 274; H. DE PAGE, II, 436, nr. 460 B; M. AZOULAI, “L’élimination de l’intuitus personae dans le contrat” in P. DURAND (ed.), *La tendance a la stabilité du rapport*

uitzondering en het bestaan ervan moet worden bewezen<sup>500</sup>. De bewijslast rust op de partij die zich op dit karakter beroept<sup>501</sup>. De wil van de partijen kan impliciet zijn of uitdrukkelijk tot uiting komen in een contractueel beding<sup>502</sup>. De uitlegging van dit beding dient te gebeuren aan de hand van de normale interpretatieregels van het gemene recht (artt. 1156-1164 BW). De optie om het karakter van de overeenkomst contractueel te moduleren werkt in beide richtingen: enerzijds kan een overeenkomst waarin de persoon doorgaans geen rol speelt toch met inachtneming van de persoon gesloten worden<sup>503</sup>, maar anderzijds kunnen de partijen evenzeer een intrinsiek aanwezig *intuitu personae* karakter (geheel of gedeeltelijk) wegbedingen<sup>504</sup>.

#### 1.4.2 Gradaties in het *intuitu personae* karakter

**109.** Het *intuitu personae* karakter bevindt zich op een glijdende schaal. Zowel de omvang als de intensiteit kunnen geval per geval verschillen.

**110. Omvang van de persoonsgebondenheid.** Er zijn gradaties mogelijk in de *omvang* van het persoonsgebonden karakter. Het *intuitu personae* karakter viseert niet zozeer de overeenkomst op zich, maar wel één of meerdere (desnoods alle) verbintenissen die daartoe behoren. Het *intuitu personae* karakter kan bilateraal of unilateraal zijn, dit wil zeggen persoonsgebonden zijn in hoofde van elke partij of slechts ten aanzien van één van de partijen<sup>505</sup>. Het kan zowel gaan om de rechtspositie van de schuldenaar als die van de schuldeiser<sup>506</sup>. Wat de types van verbintenissen betreft, kunnen zowel verbintenissen om iets te geven, te doen of niet te doen *intuitus personae* worden aangegaan.

---

*contractual*, Parijs, Pichon & Durand-Auzias, 1960, (1) 32, nr. 43; P. MARCHANDISE "Le changement de cocontractant dans les contrats à prestations successives" in *Het contract met opeenvolgende prestaties*, Brussel, Vlaams Pleitgenootschap, 1991 (127) 151.

<sup>500</sup> Cf. A. GHOZI, 77, nr. 163 ("L'identité de la personne, contrairement à l'objet ne participe pas, en principe, de la substance de l'obligation").

<sup>501</sup> Rb. Hasselt 23 december 1996, *Limb. Rechtsl.* 1998, 126, noot D. DEGREEF.

<sup>502</sup> Cass. 9 november 1962, *Pas.* 1963, I, 316; Kh. Hasselt 21 februari 1995, *TBH* 1997, 389 (De concessieovereenkomst die bepaalt dat zij niet zonder toestemming van de concessiegever mag worden overgedragen, is een *overeenkomst intuitu personae*); Rb. Brussel 16 februari 1962, *JT* 1962, 480. Zie voor een overzicht van *intuitu personae* clausules naar Frans recht: J. CALVO, "Les clauses d'intuitus personae dans les contrats commerciaux", *Petites Affiches* 1996, 10. Zie tevens naar Duits recht § 399 BGB dat de principiële vrije overdraagbaarheid van schuldvorderingen uitsluit wanneer dit een wijziging van de schuld met zich mee zou brengen of wanneer dit contractueel is uitgesloten (d.i. een *pactum de non cedendo*). Dergelijke clausules kunnen onwerkzaam zijn in de relatie met consumenten (§ 307 BGB).

<sup>503</sup> Cass. 24 mei 1878, *Pas.* 1878, I, 274.

<sup>504</sup> F. VALLEUR, 112 en 308; H. DE PAGE, II, 436, nr. 460.

<sup>505</sup> P. VOIRIN, noot onder Lyon 16 mei 1928, *D* 1928, II, 197; J. M. MOUSSERON, 458, nr. 1187; F. VALLEUR, 251-255; M. CONTAMINE-RAYNAUD, 38, nr. 30; M. MALAURIE-VIGNAL, "Intuitus personae et liberté de la concurrence dans les contrats de distribution", *JCP E* 1998, 260; D. MAINGUY, "Technique contractuelle – Clause d'agrément et cession de contrôle" *JCP E* 2002, 640; bv.: Rb. Luik 31 maart 1987, *JL* 1987, 1145 (unilateraal); Bergen 14 januari 1997, *JT* 1999, 155 (verkort) en *RCJB* 2001, 141, noot A. LIMPENS (bilateraal).

<sup>506</sup> M. CONTAMINE-RAYNAUD, 142-153; D. HOUTCIEFF, "Contribution à l'étude de l'intuitus personae", *RTD Civ.* 2003, 3, nr. 4.



Een voorbeeld van een *intuitu personae* betrokkenheid op de schuldenaar is de verbintenis van de schilder om een schilderij af te leveren. De schuldeiser zal dit schilderij niet door om het even wie willen laten creëren, maar door de specifieke medecontractant. De schilder moet die verbintenis persoonlijk uitvoeren. Dit persoonlijke karakter verhindert daarentegen noch een cessie van de schuldvordering van de schilder op de opdrachtgever (tot betaling van een geldsom of andere tegenprestatie<sup>507</sup>), noch de cessie van de schuldvordering van de opdrachtgever op de schilder (het recht op het uiteindelijke schilderij van die bepaalde schilder). De identiteit van de schilder is niet doorslaggevend voor die vorderingen. Een voorbeeld van een *intuitu personae* karakter in hoofde van de schuldeiser is de verbintenis tot onderhoud van een specifieke persoon<sup>508</sup>.

**111. Intensiteit van de persoonsgebondenheid op materieel vlak.** Er zijn ook gradaties mogelijk in de *intensiteit* van het persoonsgebonden karakter. Bij de meest intense *intuitu personae* verbintenissen is de materiële betrokkenheid van de medecontractant bij de uitvoering in elk aspect van de verbintenis onmisbaar voor een correcte naleving van de overeenkomst. De geviseerde inbreng bestaat uit de persoon zelf (bv. een afbeelding van de persoon) of uit een andere prestatie die alleen maar door die specifieke schuldenaar kan worden geleverd (bv. een schilderij gemaakt door een bepaalde schilder). Wat de *intuitu personae* schuldvordering betreft kan de schuldeiser gehouden zijn om de betaling persoonlijk in ontvangst te nemen. Bij minder intens (of niet-)persoonsgebonden verbintenissen is de nood aan betrokkenheid bij de materiële uitvoering minder sterk<sup>509</sup> (bv. de schilder die zich mag laten bijstaan door leden van zijn atelier) tot zelfs volledig afwezig<sup>510</sup>. Voor minder intense *intuitu personae* verbintenissen volstaat het dat een persoon die aan bepaalde objectieve kwaliteiten voldoet wordt ingeschakeld<sup>511</sup>, zonder dat de specifieke identiteit van de ingeschakelde persoon doorslaggevend is. De medecontractant van de *intuitu personae* verbintenis blijft in dat geval niettemin op juridisch vlak onlosmakelijk aan de overeenkomst gebonden.

**112. Intensiteit van het persoonsgebonden karakter op juridisch vlak.** De persoon van de medecontractant kan de doorslag hebben gegeven als garantie voor de goede uitvoering van de prestatie (bv. wegens de specifieke solvabiliteit of reputatie van de schuldenaar) of ter afbakening van de prestatie<sup>512</sup>. Het *intuitu personae* karakter beperkt zich hier geheel of gedeeltelijk tot het feit dat de uitgekozen medecontractant op juridisch vlak de enige contractspartij is en dat zal blijven. Het is hem wel (in min of meerdere mate) toegestaan om derden in te schakelen voor de materiële uitvoering

---

<sup>507</sup> Zie M. CONTAMINE-RAYNAUD, 183.

<sup>508</sup> F. VALLEUR, 252; M. CONTAMINE-RAYNAUD, 147.

<sup>509</sup> Cf. H. DE PAGE, III, 396 nr. 401 en 405, nr. 408.

<sup>510</sup> Indien de verbintenis niet *intuitus personae* is aangegaan, kan eender welke rechts- of natuurlijke persoon de activiteit voortzetten (cf. Rb. Kortrijk 11 december 2008, RW 2009-10, 1062).

<sup>511</sup> M. CONTAMINE-RAYNAUD, 145, nr. 105.

<sup>512</sup> M. CONTAMINE-RAYNAUD, 185-186, nr. 134; L. AYNES, 237, 346 *et seq.* De inhoud van de prestatie zou namelijk kunnen wijzigen door een overdracht op een andere schuldeiser. Vgl. Vred. Neufchâteau 6 mei 1994, T. Vred. 1994, 372, noot H. DE RADZITZKY (de duur van een levenslang jachtrecht is beperkt tot het overlijden van de persoon aan wie dit was toegestaan, op dat moment eindigt ook de overdraagbaarheid ervan).

van de prestatie<sup>513</sup> of voor de inontvangstname van de betaling<sup>514</sup>. Een voorbeeld is de overeenkomst met een chirurg om een operatie te organiseren. De chirurg hoeft niet alle materiële aspecten van de operatie voor zijn rekening nemen. Hij kan een medisch team samenstellen om hem bij te staan of zelfs om hem volledig te vervangen voor de eigenlijke operatie. Niettemin blijft hij, of het ziekenhuis waarvan hij op zijn beurt de uitvoeringsagent is, aansprakelijk voor de goede uitvoering van het geheel<sup>515</sup>. Zoals reeds aangehaald is het *intuitu personae* karakter een glijdende schaal. De verplichting om in te staan voor de goede uitvoering sluit niet uit dat men daarnaast ook verplicht kan zijn om een al dan niet omvangrijke persoonlijke materiële inbreng te leveren in het raam van deze uitvoering.

De intensiteit van het *intuitu personae* karakter heeft een weerslag op de rechtsgevolgen ervan. Deze rechtsgevolgen worden genuanceerd of zelfs volledig buitenspel gezet naargelang de intensiteit ervan<sup>516</sup>.

#### 1.4.3 Mogelijke rechtsgevolgen van het *intuitu personae* karakter

**113. Algemeen.** In het algemeen kan worden gesteld dat het *intuitu personae* karakter van contractuele bestanddelen leidt tot een verzwakking van de duurzaamheid van de contractuele relatie. Het persoonsgebonden karakter heeft namelijk tot gevolg dat het wegvallen van een contractspartij of zelfs het verdwijnen van een bijzondere eigenschap in zijn hoofde reeds leidt tot het verval van de contractuele bestanddelen in kwestie. De concrete rechtsgevolgen zijn afhankelijk van de omvang en de intensiteit van het *intuitu personae* karakter. De rechtsgevolgen kunnen rijzen op drie verschillende niveaus<sup>517</sup>: op het niveau van de contractsluiting, van de uitvoering en van de beëindiging of overdracht van de overeenkomst.

---

<sup>513</sup> F. VALLEUR, 253-255, nr. 97. Contamine-Raynaud (210, nr. 150) maakt daarom drie gradaties in de persoonsgebondenheid van schulden: “Le premier se réfère à l’effectivité de l’exécution et ne constitue pas à proprement parler l’intuitus personae. Le second s’attache à la garantie offerte à cette exécution: il comporte un élément d’intuitus personae qui rend la cession de la garantie impossible et ne permet que la cession de l’exécution. Enfin le troisième degré constitué essentiellement par l’intuitus personae positif interdit en outre l’exécution par un tiers”.

<sup>514</sup> Een rechtspersoon kan zich bijvoorbeeld materieel laten bijstaan voor de kennisname, verwerking of het gebruik van de informatie, maar kan de daarmee corresponderende schuldvorderingen niet eenzijdig overdragen aan derden (*infra* randnr. 120).

<sup>515</sup> Rb. Luik 14 oktober 2003, *T. Gez.* 2004-05, 31, noot V. GAUCHE (“Le patient sait également que le chirurgien qu’il a consulté n’exécutera pas seul l’opération envisagée, de telle sorte qu’implicitement, il l’autorise, ainsi que l’hôpital choisi, à faire intervenir les personnes nécessaires à la bonne exécution de l’opération et des soins qui précèdent ou suivent celle-ci. Le caractère “intuitu personae” du contrat médical survit, en ce sens que la confiance particulière que le patient place dans le chirurgien auquel il s’adresse s’étend à l’équipe qui sera composée par ce chirurgien pour pratiquer l’opération: ce chirurgien devra suivre le patient et contrôler les actes de ceux qu’il fait intervenir”). Men kan ook hier conform de commentaar van Marchandise (*supra* voetnoot 495) stellen dat elke schuldenaar op juridisch vlak moet instaan voor de uitvoering van zijn verbintenis.

<sup>516</sup> M. CONTAMINE-RAYNAUD, 37, nr. 30.

<sup>517</sup> Zie uitgebreid: M. CONTAMINE-RAYNAUD, 38 *et seq.*; H. DE PAGE, II, 431-436, nr. 431-434. Zie ook B. PETIT, “Art. 1101 à 1108-2. Contrats et obligations - Définition et classification des contrats”, *JurisClasseur Code civil*, 2004, nr. 64. Zie over de discussie of men een overeenkomst op één dan wel automatisch op alle niveaus *intuitus personae* aangaat: P. VOIRIN, noot onder Lyon 16 mei 1928, *D* 1928, II, 197; F. VALLEUR, 96, nr. 39; M. AZOULAI, “L’élimination de l’intuitus personae dans le

**114. Rechtsgevolgen op het vlak van de contractsluiting.** Een openbaar aanbod voor een overeenkomst waarbij de identiteit van de medecontractant van doorslaggevend belang is, is eigenlijk een uitnodiging om een aanbod te doen door deze persoon of personen in kwestie. Het openbaar aanbod gaat namelijk gepaard met een impliciet voorbehoud van aanvaarding door de aanbieder<sup>518</sup>. Verder is de (verschoonbare) vergissing over de identiteit van de contractspartij een substantiële dwaling die kan leiden tot vernietiging van de overeenkomst voor zover men de overeenkomst hoofdzakelijk wou aangaan wegens de persoon van de vermeende medecontractant (art. 1110 BW).

**115. Rechtsgevolgen op het vlak van de uitvoering.** Het uitgangspunt is dat de *schuldenaar* zich kan laten bijstaan of vervangen door uitvoeringsagenten voor de materiële uitvoering van een contractuele verbintenis tenzij de schuldeiser het tegendeel heeft bedongen of een belang voor een persoonlijke uitvoering aantoont. De wetgever gaat er zelfs van uit dat volstreekte derden in principe een schuld kunnen betalen (art. 1236, tweede lid BW), behalve indien de schuldeiser een belang aantoont tot voldoening door de schuldenaar (art. 1237 BW). Een strikt *intuitu personae* karakter in hoofde van de uitvoerder (die niet noodzakelijk de hoedanigheid heeft van contractspartij) heeft tot gevolg dat niemand anders de verbintenis kan uitvoeren. Ook al zou de schuldenaar bereid blijven om de goede uitvoering van de verbintenis *in abstracto* te garanderen, hij kan de verbintenis door niemand anders laten uitvoeren dan voorzien in de overeenkomst<sup>519</sup>. Bij minder intens persoonsgebonden verbintenissen kan de schuldenaar zich, naargelang het geval geheel of ten dele, laten bijstaan of vervangen voor de materiële uitvoering van de verbintenis. Indien de materiële aspecten van de verbintenis minstens gedeeltelijk kunnen worden uitbesteed, staat de medecontractant hoe dan ook steeds garant voor de goede uitvoering ervan. Daaruit volgt dat een verbintenis op juridisch vlak *intuitus personae* kan zijn, zonder daarom (volledig) *intuitus personae* te zijn op het vlak van de materiële uitvoering. Omgekeerd kan een verbintenis *intuitus personae* zijn op materieel vlak, zonder dat het uitmaakt wie garant staat voor de goede uitvoering. Zo hoeft het overlijden van de eigenaar van een handelszaak niet de beëindiging te veroorzaken van de verbintenissen die *intuitus personae* waren aangegaan op het vlak van de materiële uitvoering. Het is namelijk mogelijk dat de doorslaggevende beweegreden voor de contractsluiting slechts de achterliggende handelszaak was (bv. de *know how* van het personeel) en dat deze reden niet wordt beïnvloed door de overdracht aan een nieuwe eigenaar. In deze hypothese is sprake van een *intuitu firmae* karakter (*supra* randnr. 107).

---

contrat” in P. DURAND (ed.), *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, Parijs, Pichon & Durand-Auzias, 1960, 4, nr. 7; M. CONTAMINE-RAYNAUD, 41-44, nr. 34-35.

<sup>518</sup> J. GHESTIN, *La formation du contrat*, 1993, 26, nr. 35; P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, 199, nr. 420; B. STARCK, H. ROLAND en L. BOYER, 129, nr. 301.

<sup>519</sup> M. CONTAMINE-RAYNAUD, 192, nr. 139 en 209, nr. 150.

*Mutatis mutandis* geldt hetzelfde voor de inontvangstname van de betaling door de *schuldeiser*. Het uitgangspunt is ook hier dat de schuldeiser zich kan laten bijstaan of vervangen (art. 1239 BW), maar niet indien die betaling zowel op materieel als juridisch vlak een strikt *intuitu personae* karakter heeft.

#### **116. Rechtsgevolgen op het vlak van de beëindiging door eenzijdige opzegging.**

De schuldeiser van een strikt *intuitus personae* aangegane verbintenis beschikt soms over het prerogatief om de overeenkomst *ad nutum* te beëindigen<sup>520</sup> (bv. op basis van artikel 2004 BW bij een lastgeving). Dit is echter geen wezenskenmerk van de *intuitu personae* verbintenis<sup>521</sup>. Het persoonsgebonden karakter van een verbintenis laat dan ook niet steeds toe om de normale opzegtermijn of -vergoeding te omzeilen<sup>522</sup>.

**117. Rechtsgevolgen op het vlak van de overdracht onder bijzondere of algemene titel.** De belangrijkste rechtsgevolgen zijn gesitueerd op het vlak van de overdracht van de overeenkomst. De contractspartij op wie het *intuitu personae* karakter rust, beschikt in principe<sup>523</sup> niet over het recht om de persoonsgebonden bestanddelen van de overeenkomst over te dragen zonder toestemming van de medecontractant, zelfs niet indien het gaat om de overdracht van een louter actief bestanddeel<sup>524</sup>. Een overdracht met miskenning van het *intuitu personae* karakter vertaalt zich in een wanprestatie. De *intuitu personae* gesloten overeenkomst neemt daarnaast een einde door het overlijden<sup>525</sup> (en vaak ook het faillissement<sup>526</sup>) van de persoon wiens identiteit de doorslag gaf voor de voortzetting van de contractuele relatie. De duur en de bestaansreden van de overeenkomst zijn daardoor gekoppeld aan het leven van de medecontractant. Dit is een afwijking van de in artikel 1122 BW geponeerde regel<sup>527</sup>. De beëindiging heeft uitwerking *ex nunc*. De in het verleden gestelde

<sup>520</sup> Bergen 17 januari 1994, *JLMB* 1994, 1032, noot J. BUYLE; Vred. Antwerpen 30 november 1988, *T. Vred.* 1990, 381.

<sup>521</sup> Kh. Brussel 14 juni 1989, *TBH* 1990, 420; F. VALLEUR, 315, nr. 120; M. CONTAMINE-RAYNAUD, 389, nr. 264; vgl. Cass. 1<sup>e</sup> civ. (fr.) 28 april 1971, *D* 1971, 608 en *JCP* 1972, II, 17083.

<sup>522</sup> Zie bijvoorbeeld: Rb. Namen 6 juni 1939, *Pas.* 1941, III, 112 (het contract *intuitu personae* dat een geneesheer verbindt aan een onderwijsinstelling voor kinderen, mag eenzijdig worden opgezegd tegen het betalen van een opzegvergoeding, wanneer het vertrouwen is weggefallen). Zo moet het ontslag van een werknemer om dringende redenen worden geschraagd door een voldoende zware tekortkoming (art. 35 Arbeidsovereenkomstenwet).

<sup>523</sup> Er werd reeds gewezen op de vaststelling dat de sterkte van het *intuitu personae* karakter een glijdende schaal is. Zie bv. m.b.t. de overdracht: J.-J. FRAIMOUT, "Fasc. 2740: Sauvegarde, redressement et liquidation juridiques", *Juriscl. Comm.*, 1 juli 2008, nr. 27 ("L'*intuitus personae*, en réalité, est dans certaines situations une circonstance indifférente tandis que dans d'autres il représente un obstacle sérieux à la cession du contrat").

<sup>524</sup> L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, 187, nr. 154. Cf. Rb. Brussel 16 februari 1962, *JT* 1962, 480; Cass. com. (fr.) 29 oktober 2002, *D* 2003, 2231; Cass. 1<sup>e</sup> civ. (fr.) 6 juni 2000, *RTD Civ.* 2000, 571; J. MESTRE, "Les conditions de la cession de contrat", *RTD Civ.* 1995, 369.

<sup>525</sup> Rb. Luik 27 januari 1987, *RGDC* 1987, 84 (verkort); Vgl. Vred. Neufchâteau 6 mei 1994, *T. Vred.* 1994, 372, noot H. DE RADZITZKY.

<sup>526</sup> Luik 28 mei 2002, *JLMB* 2003, 151; Bergen 10 september 2001, *RRD* 2002, 362 en *TBH* 2003, 329, noot S. CARON; Luik 19 oktober 1998, *TBBR* 2000, 53 (verkort); Luik 21 maart 1995, *RRD* 1995, 468; Kh. Brussel 7 februari 1995, *TBH* 1996, 450; Bergen 26 december 1990, *TBH* 1992, 348. De overeenkomsten worden niet rechtstreeks beëindigd door de insolventie indien het persoonsgebonden karakter geen betrekking had op de vermogenssituatie van de tegenpartij (F. VALLEUR, 280-286; M. CONTAMINE-RAYNAUD, 341-344).

<sup>527</sup> Wrr. Ber. Luik 21 januari 1954, *JL* 1953-54, 247 (overlijden schuldenaar *intuitu personae* verbintenis); F. VALLEUR, 261-288.

rechtshandelingen blijven hun rechtsgevolgen behouden. Het vermogen van de debiteur van de verbintenis heeft bijvoorbeeld recht op een tegenprestatie indien hij de *intuitu personae* bedongen verbintenis reeds was nagekomen op het moment van de beëindiging.

#### 1.4.4 Rechtsgevolgen op het vlak van de contractsluiting

**118. Keuze voor een specifieke informatieontvanger gebeurt vaak *intuitus personae*.** Zoals hierboven werd vastgesteld (*supra* randnr. 110) kan de keuze van de schuldenaar *intuitus personae* gebeuren<sup>528</sup>. Nu is de vraag of dit ook geldt voor de geheimhoudingsovereenkomst. Het doel van de geheimhoudingsovereenkomst is het meedelen van vertrouwelijke informatie en het toekennen van een tijdelijk gebruiksrecht daarop aan één of meerdere weloverwogen medecontractanten - en aan niemand anders<sup>529</sup>. De bereidheid van de informatieverstrekker om dit te doen is, gelet op de moeilijkheden inzake de opsporing, het bewijs en de remediëring van inbreuken op geheimhoudingsplichten, niet noodzakelijk transposeerbaar naar derden, zelfs niet indien de overdracht gekoppeld zou blijven aan een geheimhoudingsplicht. De geheimhoudingsovereenkomst bevat bijgevolg een onmiskenbaar *intuitu personae* aspect ten aanzien van de identiteit van de informatieontvanger<sup>530</sup>. Dit betekent echter niet dat elke materiële bijstand bij de inontvangstname van de betaling of de realisatie van het recht op gebruik *ipso facto* uitgesloten is. Het nuttige gebruik van de informatie zal integendeel vaak materiële bijstand door uitvoeringsagenten vereisen (*infra* randnr. 136). Het *intuitu personae* gehalte van de afspraken gaat in beginsel dan ook niet zo ver dat alléén de rechtstreekse medecontractant materieel kennis zou mogen nemen van de informatie.

**119. Keuze voor specifieke uitvoeringsagenten van de informatieontvanger kan *intuitus personae* gebeuren.** Ook de keuze voor specifieke uitvoeringsagenten kan *intuitus personae* gebeuren. Dit is bijvoorbeeld het geval indien de overeenkomst een limitatieve lijst bevat van personen die kennis mogen nemen van het geheim, met uitsluiting van alle andere werknemers, (onder)aannemers of andere uitvoeringsagenten die de onderneming zou kunnen inschakelen.

#### 1.4.5 Rechtsgevolgen op het vlak van de overdracht

##### 1.4.5.1 Overdracht onder bijzondere titel

**120. Overdracht van de schuldvordering op de verstrekking van de informatie.** De informatieverstrekker verbindt zich (al dan niet vrijblijvend) tot het verstrekken van informatie aan een specifieke schuldeiser, meer bepaald de geheimplichtige (of zijn uitvoeringsagenten). Deze schuldeiser mag in afwijking van het gemene recht zijn

---

<sup>528</sup> M. CONTAMINE-RAYNAUD, 147, nr. 108.

<sup>529</sup> De overeenkomst kan voorzien dat de informatieontvanger op zijn beurt de informatie mag verspreiden voor het realiseren van zijn doelstellingen, maar hij zal dit recht niet discretionair kunnen uitoefenen en blijft in elk geval gehouden tot vrijwaring van zijn uitvoeringsagenten.

<sup>530</sup> De keuze kan eventueel *intuitu firmae* gebeuren, waarbij niet de concrete partij, maar wel de door hem opgebouwde onderneming de doorslag geeft.

rechten op de informatie niet als dusdanig overdragen aan een derde (bv. in de vorm van sublicenties). Het gaat hier nochtans slechts om een actief bestanddeel van de overeenkomst. Dergelijke bestanddelen zijn in beginsel vatbaar voor overdracht (*supra* randnr. 99). De overdracht van het recht op informatie aan een derde zou echter het nut van de geheimhoudingsovereenkomst uithollen aangezien dit resulteert in een voor de meester van het geheim oncontroleerbare verspreiding van de informatie.

#### 1.4.5.2 Overdracht onder algemene titel

**121. Weerslag van het overlijden op de rechtspositie van de informatieontvanger in het algemeen.** Een *intuitu personae* karakter van de schuldvorderingen waarover de informatieontvanger beschikt, heeft tot gevolg dat het recht op de kennisname en het gebruik van de informatie verdwijnt door het overlijden van de beoogde informatieontvanger. De eventuele verplichting om een licentievergoeding te betalen, wordt parallel daarmee opgeheven. Deze rechtsgevolgen treden slechts in *ex nunc*. Betalingen met betrekking tot de licentie die reeds opeisbaar waren voor het overlijden zijn verworven rechten (de loutere betaling van een geldschuld is in beginsel immers niet *intuitus personae* - cf. *supra* randnr. 111) en blijven ten laste van de erfenis. De schadevergoeding die voortvloeit uit een reeds opgetreden inbreuk op het geheim of de reeds vervallen bedragen van periodieke licentievergoedingen vervallen dus niet<sup>531</sup>.

**122. *Intuitu personae* karakter van een geheimhoudingsplicht kan net afbreuk doen aan de bescherming van het geheim.** Verbintenissen om iets niet te doen worden vaak *intuitus personae* aangegaan<sup>532</sup>. De aanvaarding van een strikt persoonsgebonden geheimhoudingsplicht houdt echter potentieel riskante neveneffecten in voor de informatieverstrekker. Een *intuitu personae* karakter zou namelijk afbreuk doen aan de vertrouwelijkheid indien de geheimhoudingsplicht volledig zou verdwijnen ten aanzien van erfgenamen die op een of andere manier toch kennis hebben van de informatie. Zij zouden dan zonder (contractuele) beperkingen beschikken over de informatie. Dit risico rijst bijvoorbeeld wanneer men ervan uit zou gaan dat de geheimhoudingsplicht van de primaire informatieverkrijger verdwijnt door diens overlijden, terwijl deze de informatie op zijn beurt mocht doorgeven aan uitvoeringsagenten.

Geheimhoudingsovereenkomsten of -bedingen worden gesloten met de bedoeling om de geheimhoudingsplicht te doen voortduren zolang de informatie vertrouwelijk blijft of voor een specifieke kortere duur. De opheffing van de geheimhoudingsplicht door het loutere wegvallen van de persoon van de medecontractant past niet in dat plaatje.

---

<sup>531</sup> Zie Arbh. Brussel 26 januari 1988, *JTT* 1988, 116 (Wanneer aan de werknemer een ontoereikend geachte opzeggingstermijn werd betekend en die werknemer overlijdt tijdens het verloop van de opzeggingstermijn, kan zijn rechtsopvolger aanspraak maken op een aanvullende opzeggingsvergoeding); vgl. Cass. comm. (fr.) 7 juni 2006, *Bull. Civ.* 2006, IV, 149, nr. 140.

<sup>532</sup> F. VALLEUR, 97.

De vraag of de geheimhoudingsplicht een postcontractuele werking kan hebben in hoofde van de erfgenamen bepaalt dan ook mee het lot van de vertrouwelijkheid.

#### 1.4.5.3 Overdraagbaarheid van postcontractuele geheimhoudingsplichten

**123. Postcontractuele fase: algemeen.** Het overlijden van een persoon in wiens hoofde de overeenkomst *intuitus personae* is gesloten veroorzaakt het einde van deze contractuele relatie. Het einde van “de overeenkomst” wordt gesitueerd op het tijdstip waarop de afspraken die de kenmerkende prestaties van de contractuele basisverhouding regelden een einde nemen. Bij een licentieovereenkomst van *know-how* is dat bijvoorbeeld het moment waarop het gebruiksrecht op de informatie en de daarmee corresponderende verplichting om eventueel een periodieke licentievergoeding te betalen, verdwijnt. Het wegvallen van een overeenkomst, om welke reden dan ook, impliceert niet de onmiddellijke of onvermijdelijke verdwijning van alle daaraan gekoppelde verplichtingen (*infra* randnr. 534 *et seq.*). De soms zeer bruuske beëindiging van de overeenkomst resulteert niet noodzakelijk in een *clean break* in de rechtsverhouding tussen de partijen. Vaak behoeven verschillende aspecten van de vroegere contractuele verhouding nog verdere afwikkeling. Bepaalde afspraken hebben daarbij precies tot doel om de situatie van de partijen te (blijven) regelen na de beëindiging. Zij overleven daarom het einde van de contractuele basisverhouding. Dit noemt men de zogenaamde postcontractuele werking van de overeenkomst. De grondslag van die postcontractuele effecten is de overeenkomst zelf indien het gaat om verplichtingen die expliciet of impliciet uit de overeenkomst voortvloeien<sup>533</sup>.

**124. Aard van de postcontractuele werking.** De postcontractuele werking kan betrekking hebben op het voortbestaan van verplichtingen die reeds van kracht waren tijdens de overeenkomst of op nieuwe verplichtingen die pas opeisbaar worden na (en wegens) het einde van de overeenkomst. Een voorbeeld van het eerste type is de postcontractuele geheimhoudingsplicht. Partijen hebben vaak de bedoeling om de geheimhoudingsplicht een langere looptijd toe te meten dan de andere bepalingen van de overeenkomst (bv. geheimhoudingsplicht bij franchise) of dan de beoogde operatie (bv. geheimhoudingsplicht bij onderhandelingen). Een voorbeeld van het tweede type is de verplichting om alle dragers met vertrouwelijke informatie terug te bezorgen aan de informatieverstrekker of te vernietigen na de beëindiging van de overeenkomst.

**125. Overdraagbaarheid van de postcontractuele werking kan vereist zijn voor de effectiviteit van de contractuele bescherming.** Het wegvallen van de geheimhoudingsplicht is niet problematisch indien het uitsluitend de overledene zelf was toegestaan om op materieel vlak kennis te nemen van de informatie (in afwijking van wat *mutatis mutandis* geldt voor art. 1237 en 1239 BW – *cf. supra* randnr. 137). De correcte naleving van die verplichting impliceert dat niemand anders op de hoogte werd gebracht van de informatie. De eventuele miskenning van de geheimhoudingsplicht door de erflater leidt tot een verplichting tot schadevergoeding

---

<sup>533</sup> Een miskenning van artikel 17, 3° Arbeidsovereenkomstenwet leidt bijvoorbeeld tot een contractuele aansprakelijkheid (*infra* randnr. 151).

die integraal tot het passief van de erfenis behoort, zodat de overdracht van de geheimhoudingsplicht op de erfgenamen niet noodzakelijk is. In de praktijk is het echter bijna onvermijdelijk dat naast de overledene ook andere personen op de hoogte zijn gebracht van de informatie zoals erfgenamen die nauw betrokken zijn geweest bij de activiteiten van de erflater of die kennis kunnen nemen van de informatie via het beheer van de nalatenschap, of andere leden van de onderneming die kennis namen van het geheim in het raam van een toegestane verspreiding. Noch de erfgenamen, noch de andere uitvoeringsagenten hebben een rechtstreekse contractuele band met de oorspronkelijke informatieverstrekker. Wanneer men de geheimhoudingsplicht als strikt persoonsgebonden beschouwt, verliest de informatieverstrekker door het overlijden van zijn medecontractant het aanspreekpunt dat garant stond voor het gedrag van die personen. De informatieverstrekker zou daardoor zijn feitelijke monopolie op de informatie kwijtspele. Maatregelen die de louter materiële sporen van de kennis trachten weg te vagen, kunnen dit verlies van het feitelijke monopolie niet vermijden. Hun actieterrein blijft beperkt omdat zij de geheugens van de betrokkenen niet kunnen uitwissen. Een ondoordachte kwalificatie van een contractuele geheimhoudingsplicht als strikt persoonsgebonden zou daarom de effectiviteit van het contractuele beschermingsregime op het spel zetten.

**126. Postcontractuele effecten gelden niet noodzakelijk *intuitus personae*.** Het uitgangspunt van de wetgever is dat de verplichtingen van de erflater overgaan op de erfgenamen (artt. 724, 1009 en 1012 BW)<sup>534</sup>. Afwijkingen op die regel moeten impliciet blijken uit de wet of de aard van de overeenkomst, dan wel uitdrukkelijk voorzien zijn. Verbintenissen om iets niet te doen kunnen volstrekt *intuitus personae* worden aangegaan<sup>535</sup>. Dit is echter niet *ipso facto* het geval. Uit het enkele feit dat een schuld of een schuldvordering oorspronkelijk behoorde tot het vermogen van een bepaalde persoon mag bijvoorbeeld niet worden afgeleid dat het zou gaan om een persoonsgebonden verbintenis<sup>536</sup>. Dit zou resulteren in een cirkelredenering.

Bij de geheimhoudingsplicht staat niet zozeer de persoon van de geïmpliciteerde centraal, maar wel het behoud van het vertrouwelijke karakter van de informatie. De nood aan een (beperkte) toegestane verspreiding maakt een strikt persoonlijke uitvoering meestal onmogelijk. Daardoor is een strikte *intuitu personae* garantielijc in hoofde van de geïmpliciteerde niet wenselijk voor de informatieverstrekker, vermits het wegvallen daarvan leidt tot de opheffing van het geheim. De

---

<sup>534</sup> Zo kan een niet-concurrentieverplichting opgelopen n.a.v. de overdracht van een handelszaak overgaan op de erfgenamen van de overdragende partij: Gent 21 januari 1950, *RCJB* 1950, 273, noot M. GEVERS (zie ook de analyse van Gevers van pagina 286 tot 288).

<sup>535</sup> De erfgenamen van een acteur kunnen bijvoorbeeld niet exact dezelfde acteerprestatie neerzetten als hun rechtsvoorganger. Een niet-concurrentieplicht voor het neerzetten van persoonlijke acteerprestaties kan niet zinvol overgaan op de erfgenamen, vermits zij die prestaties onmogelijk op dezelfde wijze kunnen leveren ook al zouden zij zelf acteur zijn. Zowel de juridische aansprakelijkheid voor de naleving (naar de toekomst toe) als de materiële uitvoering ervan staat of valt in dit geval met de persoon van de medecontractant.

<sup>536</sup> Vgl. met de niet-persoonsgebonden mogelijkheid om een rechtshandeling aan te vechten wegens de wilsonbekwaamheid van de erflater (Rb. Hasselt 30 april 2001, *AJT* 2001-02, 452 (verkort) en *RW* 2003-04, 149). Ook de overeenkomst betreffende het verblijf van een bejaarde in een bejaardentehuis is niet noodzakelijk *intuitus personae* (Rb. Turnhout 6 januari 1992, *Turnh. Rechtsl.* 1992, 123).



rechtsopvolgers van de geheimplichtige kunnen de informatieverstrekker vaak evenzeer storen in zijn meesterschap van het geheim. Bovendien zal de meester van het geheim een aanspreekpunt willen behouden voor het gedrag van uitvoeringsagenten van de erflater die op de hoogte zijn van de informatie. Informatie is immers een objectief gegeven. Elke persoon die kennis heeft van de informatie is in staat om het feitelijke monopolie van de informatieverstrekker te doorbreken.

**127. Concrete situatie erfgenamen en beoordeling *intuitu personae* karakter?** De stelling dat de geheimhoudingsplicht zou overgaan op erfgenamen die nauw betrokken waren bij de activiteit van de overledene, zoals bepaalde Franse rechtspraak doet bij niet-concurrentieplichten<sup>537</sup>, biedt een gulden middenweg tussen de principiële overdracht en de principiële afwijzing van die overdracht wegens een vermeend *intuitu personae* karakter. Deze strekking onderzoekt eerst of de erfgenaam zich in een bijzonder voordelige concurrentiepositie bevindt ten opzichte van de nieuwe eigenaar. Pas dan beslist zij of de erfgenaam gehouden is tot niet-concurrentie. Deze strekking kan enkel worden toegepast indien men de niet-concurrentieplicht (resp. geheimhoudingsplicht) niet als strikt persoonsgebonden beschouwt, maar als *intuitus personae* wegens bepaalde objectieve kenmerken van de erflater. De onthoudingsplicht kan dan worden overgedragen aan erfgenamen die aan dezelfde kenmerken voldoen (zoals het dragen van dezelfde naam en sterke betrokkenheid bij de handelszaak bij een niet-concurrentieplicht of kennis hebben van de informatie bij een geheimhoudingsplicht). Zoniet dient deze pragmatische aanpak te worden afgekeurd. Zij leidt immers tot een miskennis van artikel 1122 BW<sup>538</sup>. Deze bepaling stelt dat de overeenkomst steeds overgaat bij een overdracht onder algemene titel (voor zover de nalatenschap niet wordt verworpen), behoudens uitdrukkelijke afwijking door de partijen of een onverenigbaarheid met de aard van de overeenkomst. De concrete situatie van één of meerdere erfgenamen wordt hierbij niet als toetssteen aangereikt.

**128. Concrete situatie erfgenamen en legitiem belang.** De concrete situatie van de erfgenamen is relevant voor een ander aspect van de rechterlijke controle, namelijk de beoordeling van het legitieme belang<sup>539</sup> van de schuldeiser om beroep te doen op de

---

<sup>537</sup> Zie uitgebreid: Y. SERRA, 127, nr. 138 *et seq.*; Y. PICOD, Y. AUGET en M. GOMY, “Concurrence (Obligation de non-),” *Rép. com. Dalloz* februari 2009, 28, nr. 148. De mogelijkheid tot overdracht onder algemene titel van de passiefzijde van de niet-concurrentieplicht wordt in Frankrijk betwist. Er zijn drie strekkingen te onderscheiden. Een eerste strekking gaat ervan uit dat de niet-concurrentieplicht een normale verbintenis is die in aanmerking komt voor overdracht onder algemene titel. Een tweede strekking beschouwt de verplichting als strikt persoonsgebonden, zodat zij niet in aanmerking komt voor overdracht (Serra schuift in plaats daarvan het beroep op de delictuele aansprakelijkheid naar voren als rechtsmiddel - die aansprakelijkheid kan dan uiteraard niet gelden voor elke concurrentiedaad, alleen maar voor daden die objectief onrechtmatig zijn). Een derde strekking hanteert een pragmatische benadering en oordeelt geval per geval op basis van de concrete situatie van de erfgenamen.

<sup>538</sup> Wanneer men de in deze bepaling gehanteerde notie “bedingen” opvat als “bedingen ten voordele van” is een samenlezing met art. 724 BW (waar onbetwistbaar wordt gesteld dat zowel de rechten als de plichten worden overgedragen op de erfgenamen) noodzakelijk.

<sup>539</sup> Cf. voor Frankrijk: J.-L. BERGEL, “Les clauses de non concurrence en droit positif français” in *Etudes offertes à Alfred Jauffret*, Aix-Marseille, PUAM, 1974, (21) 34-36; S. GERARD, *Les obligations contractuelles de ne pas faire*, thèse universiteit Nancy 2, 2000, 124, nr. 154 *et seq.*

geheimhoudings- of niet-concurrentieplicht. De vereiste van een legitiem belang is in beginsel niet problematisch voor niet-concurrentieplichten. Niet elke marktspeler heeft dezelfde concurrentiekracht. De getalenteerde ondernemer die zijn handelszaak overlaat, bevindt zich in een sterke concurrentiële positie ten aanzien van de nieuwe eigenaar. De overnemer heeft dan ook een aanzienlijk belang bij de niet-concurrentie van deze persoon. De erfgenamen van die persoon kunnen ook een bijzonder concurrentievoordeel genieten, bijvoorbeeld omdat ze meewerkten in de handelszaak of omdat ze dezelfde herkenbare naam dragen. Het kan echter ook zijn dat zij niet gevaarlijker zijn dan om het even welke andere marktspeler. In dat geval kan worden geargumenteed dat de overnemer van de handelszaak geen legitiem belang heeft bij de niet-concurrentie van deze personen. Dergelijke gradaties ontbreken bij geheimhoudingsplichten. Elke persoon ‘*in the know*’ vormt een bedreiging voor de meester van het geheim. Indien die persoon zelf geen nuttig gebruik kan maken van de informatie, zou hij het geheim nog steeds te gelde kunnen maken bij een derde of door achteloosheid in het publieke domein doen belanden. De informatieverstrekker zal slechts in zeer specifieke gevallen elk legitiem belang ontberen bij de voortzetting van de geheimhouding, bijvoorbeeld omdat de informatie al tot het publieke domein behoort. Daarnaast is de bijzondere situatie van de erfgenaam mogelijk relevant voor de vaststelling van een schijntoestand<sup>540</sup>. De betrokkenheid van de erfgenaam bij de onderhandelingen of bij de activiteiten van de erflater kan bijvoorbeeld de legitieme indruk hebben gewekt dat (ook) de erfgenaam partij werd bij de overeenkomst.

**129. Bestaan van een oorzaak.** Een ander mogelijk bezwaar tegen de overdracht onder algemene titel betreft de vraag of de geheimhoudingsplicht een oorzaak heeft in hoofde van de erfgenamen. Voor elke verbintenis moet een oorzaak voorhanden zijn (art. 1131 BW). In een wederkerige overeenkomst ligt de oorzaak voor de prestatie van de ene partij in de tegenprestatie van de andere partij. Een postcontractuele geheimhoudingsplicht in hoofde van de erfgenamen opent geen enkel recht meer op een tegenprestatie voor hen. De erfgenamen kunnen zich per hypothese op geen enkel recht van de overeenkomst meer beroepen. Alleen de informatieverstrekker haalt nog voordeel uit de postcontractuele fase. Daaruit kan evenwel niet worden afgeleid dat geen geldige oorzaak voorhanden is voor de geheimhoudingsplicht. De aanwezigheid van een oorzaak moet voor wederkerige overeenkomsten namelijk worden getoetst op het tijdstip van de contractsluiting. De overdracht leidt echter niet tot een nieuwe overeenkomst. De erfgenamen treden slechts in de rechtspositie van de erflater. Een reeds uitgedoofde verbintenis kan daardoor blijven gelden als oorzaak van de rechtsverhouding. Dit betekent dat niet elke overgedragen schuld moet vergezeld zijn van een nog opeisbare tegenprestatie. Wat de geheimhoudingsovereenkomst of het geheimhoudingsbeding betreft, wordt informatie ter beschikking gesteld aan de erflater in ruil voor geheimhouding en eventueel een licentievergoeding (of om het even welke andere tegenprestatie). De meerwaarde die uit de informatieverstreking voortvloeide, is terechtgekomen in het vermogen van de erfgenamen. Het evenwicht van de operatie zou teloor gaan indien het vermogensvoordeel wel, maar de daaraan gekoppelde last niet zou overgaan. De oorzaak ligt kortom in de reeds vóór het

---

<sup>540</sup> Zie wat het principe betreft: Arbrb. Oudenaarde 2 september 2002, RW 2003-04, 594 (*in casu* geen schijnmandaat in hoofde van een weduwe n.a.v. een *intuitu personae* verbintenis van haar echtgenoot).

overlijden *intuitu personae* geleverde prestatie van de informatieverstrekking. Deze prestatie heeft het recht op de (niet-*intuitu personae*) tegenprestatie geopend en de erfgenamen zullen die rechtstoestand moeten respecteren<sup>541</sup>. Dat het recht op kennisname van de informatie en het recht op gebruik ervan desgevallend niet overgaat zodat de erfgenamen geen toekomstig nut meer uit de overeenkomst kunnen halen, is geen bezwaar. Dit neemt niet weg dat de erfgenamen geheimhouding in acht kunnen blijven nemen ten aanzien van de reeds verstrekte informatie (net zoals ze een reeds opeisbaar geworden geldschuld zouden kunnen voldoen). Werd de *intuitu personae* prestatie van de informatieverstrekker daarentegen nog niet geleverd op het moment van het overlijden, bijvoorbeeld omdat de beoogde informatieontvanger overleed vóórleer hij in het bezit werd gesteld van de informatie, dan wordt het recht op de tegenprestatie nooit geopend en hoeft zij ook niet te worden nagekomen. Dit laatste is van belang voor de vrijheid van de erfgenamen met betrekking tot de eigen ontwikkeling van de informatie.

**130. Weerslag van het gedrag van de erfgenamen vóór de rechtsopvolging.** De erfopvolging geldt slechts voor de toekomst. Tot op het moment van het overlijden is de erfgenaam, behoudens derdemedeplichtigheid aan contractsbreuk, op geen enkele wijze gehouden tot naleving van de geheimhoudingsplicht. Na de erfopvolging zijn de erfgenamen gehouden tot de naleving van de verplichtingen van hun rechtsvoorganger<sup>542</sup>. Gelet op het gebrek aan *intuitu personae* karakter, geldt dit ook voor het respecteren van de postcontractuele geheimhoudingsplicht. De erfgenamen die reeds voor de erfopvolging op een rechtmatige, alternatieve wijze (eigen ontwikkeling of verkrijging via een derde) kennis hadden genomen van de informatie moeten echter worden uitgezonderd van die verplichting indien deze situatie ook ten aanzien van de oorspronkelijke medecontractant zou hebben geleid tot het verval van de geheimhoudingsplicht.

**131. Postcontractuele effecten van de geheimhoudingsplicht kunnen *intuitus personae* zijn.** In sommige gevallen is ook het postcontractuele aspect van de geheimhoudingsplicht *intuitus personae*. Dit is het geval voor de *geheimhoudingsplicht van de werknemer* (artikel 17, 3° Arbeidsovereenkomstenwet). De arbeidsovereenkomst wordt steeds *intuitus personae* gesloten in hoofde van de werknemer, namelijk wegens zijn specifieke persoon en specifieke capaciteiten<sup>543</sup>. Artikel 32 Arbeidsovereenkomstenwet regelt de beëindiging van de verbintenissen die uit de arbeidsovereenkomst voortvloeien. Deze bepaling stelt dat de verbintenissen een einde nemen door: 1) de afloop van de overeengekomen termijn, 2) de voltooiing

---

<sup>541</sup> De erfgenamen van de opdrachtgever van een schilder blijven bijvoorbeeld gehouden tot vergoeding van de geleverde prestatie ongeacht het tijdstip van de voltooiing van de opdracht (vóór of na het overlijden van de opdrachtgever). Zie F. VALLEUR, 270.

<sup>542</sup> De regel kent echter uitzonderingen: Cass. 20 november 1964, RW 1964-65, 1979 en Pas. 1965, I, 284 (de algemene rechthebbenden zijn niet gehouden door de handelingen van hun rechtsvoorganger wanneer zij een eigen recht kunnen invoeren dat hun door de wet wordt toegekend en dat door die daden wordt geschonden); Cass. 30 januari 1965, RW 1964-65, 1553, err. RW 1964-65, 1624 en Pas. 1965, I, 538.

<sup>543</sup> Arbh. Luik 4 oktober 2004, Soc. Kron. 2005, 205; Arbrb. Doornik 19 oktober 1979, JTT 1980, 162. Zie tevens Arbrb. Brugge 28 december 1994, AJT 1994-95, 307, noot; C. ENGELS, "Het sociaal statuut van de manager van de managementvennootschap", Soc. Kron. 1992, (353) 357-358.

van het werk waarvoor de overeenkomst werd gesloten, 3) de (eenzijdige) wil van de partijen bij een overeenkomst voor onbepaalde duur of wegens een dringende reden, 4) de dood van de werknemer en 5) overmacht. Specifieke andersluidende bepalingen kunnen de toepassing van deze regels moduleren. De geheimhoudingsplicht is zo een afwijkende regeling. De Arbeidsovereenkomstenwet kent namelijk een postcontractueel effect toe aan deze verplichting (cf. art. 17, 3°: “zowel gedurende de overeenkomst als na het beëindigen ervan”) in hoofde van de werknemer. Het gevolg van deze afwijking op artikel 32 Arbeidsovereenkomstenwet is dat de geheimhoudingsplicht niet wegvalt op basis van de eerste drie in dat artikel voorziene beëindigingsgronden. De regeling van de postcontractuele geheimhoudingsplicht blijft echter verenigbaar met artikel 32, 4° (en 5°) Arbeidsovereenkomstenwet: de werknemer blijft zelfs na afloop van de arbeidsovereenkomst verplicht om de geheimhouding te respecteren (art. 17, 3°), maar de dood van de werknemer (of overmacht) stelt nog steeds een einde aan die verplichting. De geheimhoudingsplicht kleeft daardoor aan de persoon van de werknemer. Zij wordt niet overgedragen op de rechtsoptvolgers onder algemene titel. Dit is niet problematisch voor de bescherming van het geheim. De erfgenamen kunnen geen kennis hebben van de vertrouwelijke informatie in de mate dat de werknemer-erflater zich correct heeft gekweten van zijn verplichtingen. De werknemer mag de geheimen van zijn (ex-)werkgever immers aan niemand bekendmaken. Ook de materiële sporen van de informatie zouden moeten zijn uitgewist, vermits de werknemer na afloop van zijn tewerkstelling alle informatiedragers diende terug te bezorgen aan de werkgever (art. 17, 5° Arbeidsovereenkomstenwet). Daardoor behoort ook een onrechtstreekse kennisname te zijn uitgesloten.

#### 1.4.5.4 Overdracht meesterschap van het geheim

**132. Overdracht meesterschap van het geheim is in beginsel mogelijk.** Het feitelijke monopolie op informatie vertegenwoordigt als dusdanig een patrimoniale waarde<sup>544</sup>, los van eventuele licentievergoedingen voor de toekenning van individuele kennisname- en gebruiksrechten. Deze patrimoniale waarde is vatbaar voor exploitatie in de vorm van een overdracht van het exclusieve meesterschap van het geheim. De cessie van het meesterschap gebeurt door de aanvaarding van een geheimhoudingsplicht en een niet-concurrentieplicht, gecombineerd met de overdracht van de actieve bestanddelen van de reeds bestaande overeenkomsten met informatieontvangers. De nieuwe meester van het geheim kan zich hierdoor ook op de reeds bestaande geheimhoudingsplichten beroepen. Dat de overeenkomsten waaruit die verplichtingen voortvloeien *intuitu personae* elementen kunnen bevatten is geen bezwaar. Hierboven is reeds gebleken dat overeenkomsten *intuitus personae* kunnen zijn in hoofde van de ene medecontractant en niet in hoofde van de andere (*supra* randnr. 110).

---

<sup>544</sup> Vgl. met de niet-concurrentieplicht, die volgens het Hof van Cassatie een waardebestanddeel kan zijn van een handelszaak: Cass. 7 juli 1956, *Arr. Cass.* 1956, 949; Cass. 2 juni 1959, *Arr. Cass.* 1959, 800.

**133. Informatieontvanger sluit de overeenkomst in beginsel niet *intuitus personae* met het oog op de informatieverstrekker.** De informatieontvanger contracteert in de eerste plaats voor het recht op kennisname en gebruik van de informatie en niet op basis van de identiteit van de informatieverstrekker. De wijziging van de identiteit van de meester van het geheim verandert niets aan die prestatie. Als uitgangspunt kan dan ook worden gesteld dat het recht op kennisname van de informatie *niet*, maar het meesterschap over het geheim *wel* vatbaar is voor overdracht. *Intuitu personae* overwegingen kunnen uitzonderlijk de doorslag geven voor de contractsluiting. Een positieve overweging kan bestaan in het bijzondere vertrouwen dat men stelt in de capaciteit van de informatieverstrekker om het vertrouwelijke karakter van de informatie zelf te bewaren. Een negatieve overweging is dat het meesterschap van het geheim uit handen moet blijven van de concurrentie. De wens dat concurrenten niet het meesterschap van het geheim zouden verkrijgen, wordt echter niet noodzakelijk beschouwd als een doorslaggevende beweegreden. Dit hangt onder meer af van de precieze identiteit en activiteiten van de concurrent<sup>545</sup>.

De concurrenten van een franchisenemer hadden de controle verworven over de franchisegever. De franchisenemer zag hier een reden tot beëindiging in wegens het *intuitu personae* karakter van de franchiseovereenkomst. Het hof van beroep van Parijs achtte dit echter geen voldoende reden omdat dit niet betekende dat de franchisenemer geen voordeel meer zou halen uit de *know how* die de franchisegever hem ter beschikking stelde: “Les franchisés soutiennent encore que la prise de controle directe du capital du franchiseur par un groupe concurrent est une cause de résiliation de la convention de franchise fondée sur un rapport intuitu personae. [Mais] il n’est nullement démontré que le savoir faire concédé était devenu banal ou public et qu’il n’était plus susceptible de constituer un avantage concurrentiel pour le franchisé”<sup>546</sup>. In een ander geval besliste hetzelfde hof van beroep in de tegenovergestelde zin ten aanzien van een concessiehouder die werd geconfronteerd met een fusie tussen zijn concessionaris en zijn grootste concurrent<sup>547</sup>.

Hoe dan ook doet de verdwijning van de *intuitu personae* aangegane basisverhouding in beginsel geen afbreuk aan de postcontractuele aspecten van de geheimhoudingsplicht. De beëindiging van bijvoorbeeld de franchiseovereenkomst impliceert niet de verdwijning van de verplichting van de ex-franchisenemer om het geheime karakter van de knowhow te bewaren in de postcontractuele fase van de partijverhoudingen.

**134. Overdracht van het meesterschap van het geheim en de arbeidsovereenkomst - CAO nr. 32 bis.** De overdracht van de arbeidsovereenkomst wordt geregeld door CAO nr. 32 *bis*. De rechten en plichten die voortvloeien uit de *ten tijde van de overdracht bestaande arbeidsovereenkomsten* gaan bij een contractuele overdracht van de onderneming automatisch over op de verkrijger<sup>548</sup>. De

<sup>545</sup> Ch. BOURGEON, “À propos des clauses d’intuitus personae”, *RDC* 2004, 499.

<sup>546</sup> Cour d’appel Parijs (3<sup>e</sup> kamer C) 11 januari 2002, nr. JurisData: 2002-170790.

<sup>547</sup> Cour d’appel Parijs (5<sup>e</sup> kamer) 7 november 1996, nr. JurisData: 1996-612401.

<sup>548</sup> Art. 7 CAO nr. 32 *bis* van 7 juni 1985 betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij wijziging van werkgever ingevolge de overgang van ondernemingen krachtens overeenkomst en tot regeling van de rechten van de werknemers die overgenomen worden bij overname van activa na faillissement (zoals gewijzigd door de CAO’s 32ter t.e.m. quinquies), goedgekeurd door de KB’s van

CAO heeft betrekking op de overdracht krachtens overeenkomst. Het toepassingsgebied ervan strekt zich onder meer uit tot de wijziging van het juridisch statuut van een onderneming, de “invennootschapsstelling”, de cessie, de fusie en de absorptie (art. 6 CAO nr. 32 *bis* en art. 1. a) van de gewijzigde richtlijn). De overdracht gebeurt van rechtswege op het tijdstip dat de onderneming wordt overgedragen<sup>549</sup>, dus ook indien de overdrachtsakte geen regeling<sup>550</sup> of een andersluidende<sup>551</sup> regeling bevat. Daardoor hoeft geen nieuwe arbeidsovereenkomst te worden gesloten tussen de overnemer en de werknemers.

Aangezien alle rechten en plichten worden overgedragen op het moment van de overname<sup>552</sup>, geldt dit ook voor het in artikel 17, 3° Arbeidsovereenkomstenwet voorziene recht op geheimhouding. Het staat de werknemers wel vrij om hun arbeidsrelatie voor of na de overdracht vrijwillig stop te zetten<sup>553</sup> (en arbeidsovereenkomsten met een *intuitu personae* karakter in hoofde van de werkgever kunnen desgevallend, afhankelijk van het type van de overdracht<sup>554</sup>, ook automatisch beëindigd zijn wegens de overdracht naar een nieuwe werkgever). Indien de werknemer zijn automatisch overgedragen arbeidsovereenkomst pas *na* de overdracht stopzet, belet dit belet de overdracht van het meesterschap over het geheim niet en doet dit geen afbreuk aan de postcontractuele geheimhoudingsplicht van de werknemer ten aanzien van zijn nieuwe werkgever.

De overdracht gebeurt slechts voor rechten en plichten die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten die (nog) bestaan op het tijdstip van de overgang van de onderneming (art. 7 CAO nr. 32 *bis*). Betekent dit dat geheimhoudings- en niet-concurrentieplichten ten aanzien van reeds beëindigde arbeidsovereenkomsten in beginsel zijn uitgesloten van de automatische overdracht? In eerste instantie zou men kunnen opwerpen dat de arbeidsovereenkomsten van ex-werknemers nog bestaan in de vorm van hun postcontractuele effecten (*cf. infra* randnr. 535 *et seq.*) en dat zij in die mate dus nog steeds in aanmerking zouden komen voor overdracht op basis van de CAO nr. 32 *bis*. De regelingen van de CAO en van de Richtlijn 14 februari 1977 gelden echter ter bescherming van de werknemers en met het oog op de overdracht

---

25 juli 1985, 19 januari 1987 en 6 maart 1990, *BS* 9 augustus 1985, 28 januari 1987 en 21 maart 1990. Deze CAO is een uitwerking van de Richtlijn van 14 februari 1977 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen ervan (gewijzigd door de richtlijn van 29 juni 1998), *PB L* 5 maart 1977, afl. 61, 26).

<sup>549</sup> Arbh. Gent 14 februari 2005, *Soc. Kron.* 2005, 321; Arbh. Antwerpen 4 december 2002, *Soc. Kron.* 2003, 463; Arbh. Luik 19 maart 1986, *Soc. Kron.* 1986, 286.

<sup>550</sup> HvJ 25 juli 1991, C-362/89, *Jur.H.v.J.* 1991, I, 4105; Arbh. Brussel 4 februari 1985, *JTT* 1986, 334.

<sup>551</sup> HvJ 14 november 1996, C-305/94, *JTT* 1996, 496.

<sup>552</sup> Zie voor een concreet voorbeeld: Brussel 3 februari 1988, *JT* 1988, 478.

<sup>553</sup> HvJ 11 juli 1985, nr. 105/84, *Jur.H.v.J.* 1985, I, 2639; Arbh. Gent 25 maart 2005, *Soc. Kron.* 2005, 323; Arbh. Antwerpen 4 december 2002, *JTT* 2004, 305; C. ENGELS, “De overgang van onderneming, en de individuele en collectieve rechten van de werknemer” in *Outsourcing in het post-Renault tijdperk*, Studiedag Associare & BVVA, 27 november 1998, (1) 33. Zie hierover ook L. PELTZER, *Conventionele overdracht van ondernemingen in Sociale praktijkstudies*, Mechelen, Kluwer, 2007, 136-147.

<sup>554</sup> Bepaalde types van overdracht omvatten namelijk ook de automatische overdracht van overeenkomsten met een *intuitu personae* karakter (*infra* randnr. 195).

van arbeidsovereenkomsten waarvan de *dienstbetrekking* nog actief is op het moment van de overdracht<sup>555</sup>. De vraag rijst in elk geval niet indien de overeenkomst tot overdracht een clausule bevat waarbij ook deze schuldvorderingen specifiek worden overgedragen (al brengt dit geen soelaas in de hypothese dat deze verplichtingen een *intuitu personae* karakter zouden hebben) en evenmin indien het gaat om een universele overdracht waarbij alle rechten en plichten worden overgedragen (naargelang het type overdracht weerom met de uitzondering van *intuitu personae* verplichtingen). Het bestaan van de overdracht van geheimhoudingsplichten is verder ook afhankelijk van de vraag of de partijen tot doel hadden om het meesterschap van bepaalde geheimen al dan niet over te dragen. Indien de partijen bijvoorbeeld tot doel hadden om het volledige meesterschap over een bepaalde geheime productietechniek mee met de onderneming (of het relevante deel daarvan) over te dragen, kan men ervan uitgaan dat alle overdraagbare schuldvorderingen tot geheimhouding zijn overgedragen aan de nieuwe meester van het geheim zodat hij zich er rechtstreeks op kan beroepen. Ten slotte dient de overdragende partij bij een verkoop van een onderneming (met inbegrip van de geheime informatie waarover deze entiteit beschikt) de eigenaar te vrijwaren tegen uitwinning. Het gedogen van handelingen door derden waartegen hij als vroegere eigenaar van de onderneming zou kunnen optreden (bv. de verspreiding of het gebruik van informatie door derden die hem geheimhouding zijn verschuldigd), kan resulteren in een miskenning van deze verplichting<sup>556</sup>.

**135. Overdracht van het meesterschap van het geheim en de overdracht van de arbeidsovereenkomst onder algemene titel.** Het overlijden van de *werkgever* heeft, in tegenstelling tot het overlijden van de werknemer, géén effect op het voortbestaan van de arbeidsovereenkomst (art. 33 Arbeidsovereenkomstenwet)<sup>557</sup> en *a fortiori* evenmin op postcontractuele effecten zoals de geheimhoudingsplicht. Het meesterschap van het geheim gaat ongewijzigd over op de erfgenamen van de werkgever, behoudens het uitzonderlijke geval dat ook de werknemer de geheimhoudingsplicht strikt persoonsgebonden was aangegaan. Voor het overige kunnen de erfgenamen zich blijven beroepen op de geheimhoudingsplicht zolang de informatie vertrouwelijk is en zij een belang bij de geheimhouding kunnen aantonen.

## 2. Partijuitbesteding

### 2.1 Inschakeling van uitvoeringsagenten

---

<sup>555</sup> Cf. HvJ 11 juli 1985, nr. 105/84, *Jur.H.v.J.* 1985, I, 2639.

<sup>556</sup> Zie en vgl. Voorz. Kh. Hasselt 16 oktober 1992, *RW* 1994-95, 1202 (“De overdracht van een handelszaak houdt aldus de verbintenis in de overgedragen cliënteel, noch voor zichzelf, noch voor derden terug te winnen. Het gedogen dat derden de naam, het briefpapier en de telefoon van de overlater gebruiken om de cliënteel bij de overnemer weg te halen, is een inbreuk op de overeenkomst”). Bij geheimhoudingsplichten zou dan sprake zijn van een inbreuk door derden op het (per hypothese) aan de overnemende partij beloofde feitelijke monopolie op de geheime informatie, terwijl deze derden verplicht zijn tot geheimhouding in hun relatie met de overdragende partij zodat deze laatste ertegen zou kunnen optreden.

<sup>557</sup> Luik 26 mei 1942, *Pas.* 1943, II, 10.

**136. Probleemstelling: de geheimplichtige kan genoodzaakt zijn om uitvoeringsagenten in te schakelen.** Men zou op het eerste gezicht verwachten dat een geheimplichtige geen uitvoeringsagenten mag inschakelen voor de uitvoering van zijn verbintenissen. De betrekking van derden bij de uitvoering van de overeenkomst brengt het geheime karakter van de informatie namelijk in gevaar. Deze vrees blijkt vatbaar voor nuance. Praktische vereisten kunnen de inschakeling van uitvoeringsagenten rechtvaardigen en zelfs noodzakelijk maken voor de realisatie van de contractuele doelstellingen. De geheimplichtige kan uitvoeringsagenten inschakelen in het raam van zijn verbintenis om iets te doen, met andere woorden voor zijn beveiligingsplicht. Zo kan de geheimplichtige een bewakingsfirma inhuren voor het verzorgen van de veiligheid op zijn bedrijfsterrein in plaats van dit zelf te gaan patrouilleren. Deze vorm van bijstand voor de nakoming van de geheimhoudingsplicht is als dusdanig geen miskenning van de geheimhoudingsplicht aangezien de uitvoeringsagent de informatie slechts dient te beschermen. Een daadwerkelijke kennisname of verspreiding van de informatie is daardoor niet vereist zodat de verbintenis om iets niet te doen niet in het gedrang komt. Het gevaar bestaat wel dat de geheimplichtige een slechte keuze maakt bij de selectie van zijn uitvoeringsagent(en), zodat de vraag rijst of een schuldenaar zich wel mag laten vervangen door uitvoeringsagenten en, zo ja, in welke mate de schuldeiser zich kan verzetten tegen de concrete keuze van de schuldenaar. De geheimplichtige kan ook genoodzaakt zijn om zich te laten bijstaan voor de realisatie van zijn gebruiksrecht op de informatie. De rechtstreekse informatieverkrijger beschikt immers niet altijd over de juiste competenties om de informatie te exploiteren voor de toegestane doeleinden. Rechtspersonen zullen zich zelfs per definitie moeten laten vervangen voor de materiële uitoefening van de toegestane gebruiksrechten op de informatie. Deze uitvoeringsagenten moeten daadwerkelijk kennis nemen van de informatie en dit vereist dat de informatie aan hen wordt doorgegeven. De vraag rijst of dergelijke inschakeling van uitvoeringsagenten bij gebrek aan specifieke contractuele bepaling wel toegestaan is in het licht van de geheimhoudingsplicht. Deze verplichting vereist immers net dat de geheimplichtige zich onthoudt van elke niet-toegestane verspreiding van de informatie.

**137. Gemeenrechtelijke regeling voor de inschakeling van uitvoeringsagenten – kan een contractant zich laten vervangen voor de materiële aspecten van de uitvoering?** De inschakeling van uitvoeringsagenten <sup>558</sup> voor de gehele of

---

<sup>558</sup> Deze rechtshandeling zou niet onder het toepassingsgebied van art. 1237 BW vallen omdat de uitvoeringsagent niet wordt beschouwd als een volwaardige derde bij de overeenkomst (R. STEENNOT, “Betaling” in *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, nrs. 3-4; H. DE PAGE, III, 1967, 395-396). Hij treedt immers op in opdracht en bijgevolg in naam en voor rekening van de schuldenaar. *Mutatis mutandis* is de regel van art. 1237 BW (zoals geïnterpreteerd door de rechtspraak, waarbij zij ook van toepassing is op verbintenissen om iets te geven of iets niet te doen - Cass. 28 september 1973, *Arr. Cass.* 1974, 101 en *RW* 1973-74, 1158, noot J. VAN DAMME; Frankrijk: J. ISSA-SAYEGH, “Fasc. 20: Contrats et obligations – Extinction des obligations – Paiement: caractères généraux. Parties. Effets”, *JurisClasseur Civil Code art. 1235 à 1248*, 2006, nr. 57) wel toepasbaar op de uitvoeringsagent: deze derde kan in beginsel de verbintenis geheel of gedeeltelijk nakomen in opdracht van de schuldenaar, maar niet indien de schuldeiser belang heeft bij de gehele of gedeeltelijke, persoonlijke nakoming door de schuldenaar.



gedeeltelijke uitvoering van contractuele verplichtingen is in beginsel geoorloofd<sup>559</sup>. *Mutatis mutandis* geldt hetzelfde voor de gehele of gedeeltelijke exploitatie van contractuele rechten. De medecontractant kan zich hier alleen tegen verzetten indien dit geen correcte nakoming van de verbintenis zou opleveren. Dit is het geval voor verbintenissen met een verregaand *intuitu personae* karakter. De naleving (resp. opeising) door een bepaalde persoon behoort hier namelijk tot het wezen van de verbintenis, zodat de medecontractant geen genoegen hoeft te nemen met de uitvoering (resp. opeising) door een derde. Hierboven werd echter reeds vastgesteld dat het *intuitu personae* karakter van verbintenissen een glijdende schaal is. De materiële inschakeling van uitvoeringsagenten is slechts een klein stapje op deze schaal. De volwaardige naleving van de meeste verbintenissen komt niet in het gedrang door de materiële uitvoering van de verbintenissen door derden. Doorgaans telt alleen de kwaliteit van het eindresultaat en niet de identiteit van de uitvoerder. Het volstaat dat de schuldenaar het overeengekomen eindresultaat op juridisch vlak blijft garanderen indien de schuldeiser geen belang heeft bij een (geheel of gedeeltelijk) persoonlijke uitvoering<sup>560</sup>. De contractant die zich wenst te verzetten tegen de uitbesteding, dient aan te tonen dat hij de overeenkomst is aangegaan met het oog op een persoonlijke prestatie van de schuldenaar of minstens dat de ingeschakelde uitvoeringsagent niet aan de nodige kwaliteiten voldoet voor een degelijke uitvoering van de verbintenis. Het beroep op uitvoeringsagenten is tevens ongeoorloofd indien de overeenkomst dit uitdrukkelijk verbiedt.

**138. Inschakeling van uitvoeringsagenten door een geheimplichtige.** Het principiële recht om uitvoeringsagenten in te schakelen bij de nakoming van zijn contractuele verplichtingen resp. exploitatie van zijn contractuele rechten staat op gespannen voet met een geheimhoudingsplicht. Dit biedt de informatieontvanger namelijk de mogelijkheid om derden op legitieme wijze kennis te laten nemen van de informatie, zodat men geneigd zou zijn om te poneren dat deze inschakeling onverenigbaar is met de aard van de overeenkomst. Het tegendeel blijkt echter het geval. De informatieverkrijger kan namelijk onontkoombaar genoodzaakt zijn om de informatie door te geven voor het gebruik ervan in het licht van de doelstellingen van de overeenkomst (bv. analyse van financiële gegevens door experts bij een *due diligence*, implementatie van *know how* in verkoop- of productieprocedés van de onderneming)<sup>561</sup>. Bij de verstrekking van informatie aan een rechtspersoon kan men bijvoorbeeld verwachten dat die medecontractant natuurlijke personen moet inschakelen als uitvoeringsagent voor de overeenkomst. Hetzelfde geldt voor de verstrekking van praktische *knowhow* aan een holdingmaatschappij. De informatieverstrekker kan voorzien dat die contractspartij op haar beurt de dochtermaatschappijen zal moeten betrekken waarin de relevante productieprocessen werden ondergebracht. De aard van de contractuele basisverhouding kan bijgevolg een impliciete toestemming van de informatieverstrekker impliceren voor de

<sup>559</sup> C. PAUWELS, nr. 8 (met verwijzing naar artt. 1236 en 1237 BW); Frankrijk: F. NAMOUR, 56, nr. 105.

<sup>560</sup> F. VALLEUR, 253. Zie voor een overzicht van de verschillende grondslagen voor de persoonlijke aansprakelijkheid van de schuldenaar voor zijn uitvoeringsagent: C. PAUWELS, nrs. 8 en 74-88.

<sup>561</sup> Zie tevens A. KREIS, *Le savoir-faire (know-how) et sa transmission entre entreprises en vue de la reproduction d'une réalisation de technologie industrielle commercialisée*, thèse universiteit Parijs II, 1985, II, 441, nr. 262.

inschakeling van uitvoeringsagenten zonder dat dit resulteert in de miskennis van de geheimhoudingsplicht. De geheimplichtige blijft op juridisch vlak, conform het gemene recht, wel nog steeds garant staan voor de correcte naleving van de geheimhoudingsplicht waartoe hij zich heeft verbonden. Het beroep op de uitvoeringsagent (en de daarmee corresponderende verspreiding van de informatie) mag bovendien slechts gebeuren in de mate dat dit nodig is voor de realisatie van de contractuele doelstelling.

Een geheimhoudingsplicht sluit kortom niet noodzakelijk elk beroep op uitvoeringsagenten uit. De aard van dergelijke overeenkomsten impliceert dat niet elke verspreiding onrechtmatig zal zijn ondanks het gebrek aan afspraken over de toegestane verspreiding. Dit is de keerzijde van de vaststelling dat geheimhoudingsovereenkomsten minstens impliciet ook (gebruiks)rechten kunnen bevatten voor de geheimplichtige. Een gebrek aan uitdrukkelijke contractuele toestemming verhindert niet *ipso facto* elke uitbesteding. De draagwijdte van de geheimhoudingsplicht moet in geval van twijfel worden ingevuld aan de hand van de gemeenrechtelijke interpretatieregels (art. 1156 BW e.v.) en worden aangevuld op basis van de goede trouw (art. 1134 en 1135 BW). Er moet daarbij *in concreto* worden nagegaan of de aard van de overeenkomst al dan niet een persoonlijke uitvoering vereist<sup>562</sup>. Bij de verstrekking aan een holdingmaatschappij van praktische kennis met betrekking tot een fabricageproces kan de informatieverstrekker bijvoorbeeld bezwaarlijk de legitieme verwachting koesteren dat de informatie niet mag worden doorgegeven aan de dochtermaatschappij waarin de relevante economische activiteit werd ondergebracht. Dit recht op uitbesteding is wel vatbaar voor contractuele modalisering. De meester van het geheim kan bijvoorbeeld een mededelings- of goedkeuringsvereiste stipuleren voor het beroep op uitvoeringsagenten.

Dergelijke afspraken riskeren restrictief geïnterpreteerd te worden in het licht van het voorwerp van de contractuele basisverhouding. Dit was bijvoorbeeld het geval in een beslissing van 9 april 1996 van de rechtbank van koophandel te Parijs<sup>563</sup>. Een licentieovereenkomst bevat een geheimhoudingsbeding met verbod om de software door te geven aan personen die zich buiten de groep van de informatieverkrijger bevinden. De informatieverkrijger krijgt tevens het recht om de noodzakelijke bewerkingen uit te voeren en aanpassingen aan te brengen voor het gebruik van de software voor de overeengekomen doeleinden. De informatieverkrijger beschikt echter niet over de noodzakelijke competenties om dit zelf te doen. Hij doet dan ook beroep op een derde onderneming. De personeelsleden van deze derde onderneming dienen voor de uitvoering van hun opdracht noodzakelijkerwijze kennis te nemen van de software. De rechtbank ziet hier echter geen miskennis van de geheimhoudingsplicht in omdat het personeel van de derde onderneming werd aangesteld voor een korte tijd en voor een opdracht die de informatieverkrijger zelf niet kon uitvoeren. Bovendien stelt de rechtbank vast dat “le personnel loué travaillait avec les collaborateurs du client et en fait sous la responsabilité technique et sociale du client ; qu’il était assimilable au personnel intérimaire, que tout société recrute de temps à autre, et qui n’est certainement pas visé par les interdictions du contrat [...]”. Het personeel van de derde onderneming werd bijgevolg gelijkgesteld met interimpersoneel van de informatieverkrijger en de geheimhoudingsovereenkomst verbood dergelijke fluctuaties in het personeel niet.

---

<sup>562</sup> C. PAUWELS, nr. 12.

<sup>563</sup> Tribunal de commerce Parijs 9 april 1996, AR 94.060171, nr. JurisData: 1996-042060.

In een ander geval werd de geheimhoudingsplicht een essentieel onderdeel geacht voor de uitvoering van de overeenkomst. De geheimhoudingsplicht had betrekking op informatie meegedeeld voor de fabricatie van farmaceutische producten. De geheimplichtige besteedde de fabricatie uit aan een derde-onderaannemer zonder toestemming van de meester van het geheim. Deze uitbesteding werd wel degelijk beschouwd als een contractuele fout die de beëindiging van de overeenkomst rechtvaardigde<sup>564</sup>.

**139. Foutieve keuze bij de geoorloofde inschakeling van uitvoeringsagenten.** De ongeoorloofde (want overbodige of uitdrukkelijk verboden) inschakeling van uitvoeringsagenten door de geheimplichtige is als dusdanig een contractuele fout<sup>565</sup>. Ook de keuze voor een ongeschikte uitvoeringsagent of de concrete vormgeving van zijn aanstelling kan foutief zijn, zelfs al was de inschakeling van *een* uitvoeringsagent als dusdanig geoorloofd<sup>566</sup>.

## 2.2 Afspraken over het recht om de informatie door te geven

**140. Mededeling aan een bepaalde persoon.** Hierboven werd vastgesteld dat de aard van de overeenkomst een overdracht van de informatie kan vereisen aan bepaalde personen opdat de geheimplichtige de toegestane gebruiksdoeleinden van de overeenkomst zou kunnen realiseren. Dit brengt onzekerheid met zich mee voor de meester van het geheim. De geheimplichtige beschikt immers over een discretionair recht om zijn uitvoeringsagenten te kiezen. Hij staat weliswaar in voor de correcte naleving van de geheimhoudingsplicht op juridisch vlak, maar dit minimaliseert de materiële risico's van een slecht gekozen uitvoeringsagent niet. Een herstel in natura van een miskende geheimhoudingsplicht is in beginsel namelijk niet mogelijk, zodat het geheim onherroepelijk teniet gaat. Het is voor de informatieverstrekker dan ook aan te raden om afspraken te stipuleren over welke personen in aanmerking komen om de informatie te ontvangen met het oog op de uitvoering van de overeenkomst. Deze personen kunnen *nominatim* worden aangeduid in de overeenkomst.

**Voorbeeld:** "A party receiving Confidential Information shall [...] b) restrict access to Confidential Information exclusively to the following officers, employees, consultants or agents: 1. ....; 2. ....; 3. ....<sup>567</sup>."

Deze identificatiewijze brengt echter bijzondere risico's met zich mee. De toegestane ontvanger kan de onderneming namelijk verlaten door ontslag of overlijden<sup>568</sup>. Rechtspersonen kunnen *mutatis mutandis* hetzelfde lot ondergaan wanneer zij een

<sup>564</sup> Cour d'appel Parijs (5<sup>e</sup> Kamer, sectie C) 10 oktober 1997, nr. JurisData: 1997-023710.

<sup>565</sup> C. PAUWELS, nr. 7 en 31-32.

<sup>566</sup> *Ibid.* nrs. 33-36.

<sup>567</sup> P. KURZ, 55.

<sup>568</sup> Het kan ook problematisch blijken voor rechtspersonen. Deze kunnen worden ontbonden, splitsten, fusioneren, etc.

groep van ondernemingen verlaten of wanneer zij worden ontbonden. Deze gebeurtenissen maken de verdere uitvoering van de overeenkomst onmogelijk indien geen personen meer overblijven die de informatie mogen ontvangen, tenzij in gemeen overleg een andere persoon wordt aangeduid. De toekenning van een residuaire beslissingsbevoegdheid aan de informatieontvanger (waardoor men terugbelandt in de gemeenrechtelijke regeling) vermijdt dit gevaar. De informatieontvanger kan dan eenzijdig beslissen welke natuurlijke personen de informatie in ontvangst nemen. Dit keuzerecht geldt niet onbeperkt, maar moet steeds uitgeoefend in het licht van de goede trouw en de doelstelling van de contractuele relatie. De partijen kunnen bovendien een op de context van de rechtsverhouding afgestemde omschrijving geven van de potentieel aanvaardbare informatieontvangers, zoals personen die een bepaalde functie vervullen *binnen* de onderneming (“werknemers”, leden van het directiecomité, bedrijfsjuristen, onderzoekers, etc.) of zelfs slechts *voor* de onderneming (onderaannemers, advocaten, bankiers, etc.). De betrokken toegestane informatieontvangers hoeven niet noodzakelijk partij te worden bij de geheimhoudingsovereenkomst. Het blijft mogelijk om hen slechts in te schakelen als uitvoeringsagenten.

**Voorbeeld:** “A party receiving Confidential Information shall hold it in strict confidence and [...] b) restrict access to the Confidential Information solely to those of its officers, employees or advisors having a need to know for the purposes of this Agreement [...]”<sup>569</sup>.

Dit recht om de informatie door te geven mag de bescherming van het geheim niet in het gedrang brengen. De partijen kunnen uitdrukkelijk stipuleren dat de geheimplichtige gehouden blijft tot een garantieplicht voor het gedrag van zijn uitvoeringsagenten. Een nog hoger beschermingsniveau wordt bereikt door te stipuleren dat de geheimplichtige *identieke* geheimhoudingsafspraken zal aangaan in de relatie met zijn uitvoeringsagenten, zodat het geheim op identieke wijze wordt beschermd als in de relatie tussen de primaire informatieverstrekker en informatieontvanger. Wettelijke bepalingen kunnen de geldigheid van dergelijke afspraken echter in het gedrang brengen (zie voor geheimhoudingsafspraken tussen een werkgever en zijn werknemers *infra* randnr. 146). De contractuele regeling kan ten slotte voorzien in waarschuwings- of goedkeuringsvereisten voor de overdracht van de informatie aan de in de clausule opgesomde of omschreven personen.

**141. Mededeling door een bepaalde persoon.** De partijen kunnen tevens stipuleren dat de geheimhoudingsplicht slechts geldt voor informatie die *door* een bepaalde persoon wordt meegedeeld. Het gaat hier dan om een uitvoeringsagent van de meester van het geheim. Deze verbijzondering is af te raden. Informatieverstrekkings kunnen namelijk onbewust en onrechtstreeks gebeuren door personen of in situaties waarmee geen rekening wordt gehouden in de overeenkomst (bv. visuele vaststellingen naar aanleiding van een bedrijfsbezoek). Het is voor de meester van het geheim daarom aan te bevelen om een geheimhoudingsplicht te stipuleren die van toepassing is op vertrouwelijke informatie die toegankelijk wordt door het loutere bestaan van de

---

<sup>569</sup> P. KURZ, 58.

relatie, zonder de bewuste interventie van de informatieverstrekker<sup>570</sup> en zonder dat de informatie van een specifieke uitvoeringsagent afkomstig moet zijn.

**Voorbeeld:** “[...] information learnt by Recipient from Discloser’s employees, agents or through inspection of Discloser’s property that relates to [...]”<sup>571</sup>.

De volgende clausule beschrijft zowel de personen die de informatie kunnen verstrekken, als de personen die deze informatie kunnen ontvangen:

“All Confidential Information received by a Party or its Subsidiaries from the other Party or its Subsidiaries [...], shall only be used by the receiving Party and its Subsidiaries for [...]” (Qimonda AG)<sup>572</sup>.

**142. Omschrijving van rechtspersonen bij groepen van ondernemingen.** De betrekking van leden van groepen van ondernemingen verdient bijzondere aandacht in de omschrijving van de toegestane informatieverkrijgers (of –verstrekkers). Het lidmaatschap van deze groepen is namelijk geen uniform begrip<sup>573</sup>. Naargelang de context kunnen bepaalde ondernemingen als lid van een groep worden beschouwd ook al geniet de moedervennootschap geen controle in de juridische betekenis over de rechtspersoon in kwestie. Een feitelijke controle kan volstaan. Het is zelfs mogelijk dat een groep van ondernemingen niet de klassieke verticale structuur aanneemt van een moeder-dochterverhouding, maar moet worden beschouwd als een horizontale groep. Dit is volgens art. 10 W.Venn. het geval wanneer verschillende ondernemingen onder centrale leiding staan krachtens een overeenkomst of een statutaire bepaling of wanneer verschillende ondernemingen een meerderheid van gemeenschappelijke bestuurders hebben.

**143. Afspraken over de aansprakelijkheid voor resp. van toegestane informatieverkrijgers.** De geheimplichtige kan (ook los van enige sterkmaking – cf. randnr. 167) de verbintenis aangaan dat hij het gedrag van zijn toegestane informatieverkrijgers garandeert. Een uitdrukkelijk beding in die zin is niet vereist voor uitvoeringsagenten van de geheimplichtige. Een contractpartij moet namelijk reeds op basis van het gemene recht instaan voor het gedrag van zijn uitvoeringsagenten bij de uitvoering van de overeenkomst (cf. *infra* randnr. 169). De geheimplichtige is aansprakelijk voor zijn uitvoeringsagenten indien zij gedragingen stellen die resulteren in een wanprestatie in zijn relatie met de meester van het geheim. Deze gemeenrechtelijke aansprakelijkheid is resultaatsgericht: het volstaat dat de overeenkomst tussen de meester van het geheim en de geheimplichtige correct wordt uitgevoerd. Dit betekent dat de geheimplichtige enige marge heeft om te bepalen welke hefbomen hij in de relatie met de uitvoeringsagent zal gebruiken om de

---

<sup>570</sup> F. NAMOUR, 151, nr. 358.

<sup>571</sup> <http://www.patentcolorado.com/agreement.pdf>.

<sup>572</sup> <http://www.secinfo.com/d18Fqr.t17.b.htm>.

<sup>573</sup> Zie hierover bv. M. PENARD, “Recherche d’une définition du groupe” in *Les groupes de sociétés*, den Haag, Martinus Nijhoff, 1973, 55-60; G. KEUTGEN, “Les groupes au regard du droit belge des sociétés” in *Les groupes de sociétés*, den Haag, Martinus Nijhoff, 1973, 89-138.

geheimhouding te vrijwaren (en m.a.w. zijn geheimhoudingsovereenkomst met de meester van het geheim correct te laten uitvoeren door de uitvoeringsagenten).

De geheimhoudingsovereenkomst kan echter in detail treden over de hefbomen waarover een geïmpliciteerde moet beschikken in diens relatie met zijn toegestane informatieverkrijgers. Dit resulteert in afspraken over de aansprakelijkheid van de toegestane informatieverkrijgers (naar de geïmpliciteerde toe) en gebeurt via zogenaamde kettingbedingen. De overeenkomst kan bijvoorbeeld rechtstreeks de verplichting bevatten dat de geïmpliciteerde een uitdrukkelijke geheimhoudingsovereenkomst moet sluiten met zijn toegestane informatieverkrijger die een gelijk of minstens gelijkaardig beschermingsniveau biedt als de geheimhoudingsovereenkomst in de relatie tussen de oorspronkelijke informatieverstrekker en informatieverkrijger<sup>574</sup>. De meester van het geheim kan, als derde in deze relatie (art. 1165 BW), in beginsel niet rechtstreeks gebruik maken van deze hefbomen zonder wettelijke basis die dat toestaat. Hij kan wel een derdenbeding in die zin (art. 1121 BW) laten stipuleren in de afspraken tussen de geïmpliciteerde en diens toegestane informatieverstrekker of een zijdelingse vordering instellen (art. 1166 BW).

**Voorbeeld:** “A receiving party may pass Confidential Information to its Associates and contractually bound third parties and hereby warrants that these Associates and third Parties will abide by the terms and conditions of this Agreement”<sup>575</sup>.

“The receiving party agrees to bind third parties to terms at least as restrictive as those stated herein”<sup>576</sup>.

### 3. Partijtoevoeging: wettelijke beperkingen die voortvloeien uit de hoedanigheid van partijen

**144.** In het gemene contractenrecht geldt de wilsautonomie van de partijen als uitgangspunt. Het staat de partijen in beginsel vrij om hun contractuele relatie naar eigen goeddunken te regelen. Een rechtstreekse overeenkomst tussen de meester van het geheim en een nieuwe medecontractant maakt deze laatste rechtstreeks contractueel aansprakelijk voor de geheimhoudingsplicht (zonder dat de meester van het geheim zijn afspraken op de oorspronkelijke geïmpliciteerde zou verliezen)<sup>577</sup>. Bijzondere wetgeving kan echter, onder meer op basis van de hoedanigheid van de

---

<sup>574</sup> De geheimhoudingsovereenkomst tussen de primaire informatieverstrekker en –ontvanger kan bijvoorbeeld stipuleren dat de geïmpliciteerde een geheimhoudingsovereenkomst moet sluiten met zijn secundaire informatieontvangers-uitvoeringsagenten die identiek is aan de oorspronkelijke overeenkomst. Dit zijn zogenaamde transparantieclausules of *back to back* clausules (cf. Ph. LE TOURNEAU, *L'ingénierie, les transferts de technologie et de maîtrise industrielle*, Parijs, Litec, 2003, nr. 214).

<sup>575</sup> P. KURZ, 20.

<sup>576</sup> P. KURZ, 21. Zie tevens F. NAMOUR, 60, nr. 119: “Each member shall impose the same confidentiality obligations [...] upon its subcontractors and other third parties who are in association with it and may have access to any confidential information during the term of this agreement”.

<sup>577</sup> Zie bv. Y. VERLEISDONK, E. JANSSENS en M. WILKENHUYSEN, *Due diligence in Bibliotheek Handelsrecht* Larcier, Brussel, Larcier, 2007, 44, nr. 137.

partijen, beperkingen opleggen aan de contractsvrijheid op dit punt. Dit is voor geheimhoudingsovereenkomsten het geval in het arbeidsrecht (*infra* randnr. 146), het consumentenrecht (*infra* randnr. 159) en bij de onderhandeling van een commerciële samenwerkingsovereenkomst (*infra* randnr. 161). De partijen dienen ook stil te staan bij de vraag welke natuurlijke persoon (of personen) en / of welke rechtspersoon (of rechtspersonen) de geheimhoudingsplicht best rechtstreeks onderschrijft (resp. onderschrijven) (*infra* randnr. 166).

### 3.1 Werknemer als partij bij een arbeidsovereenkomst

**145. Definitie van de notie arbeidsovereenkomst.** Een contractspartij heeft het statuut van werknemer indien zij via een arbeidsovereenkomst gebonden is aan een werkgever. De notie ‘arbeidsovereenkomst’ wordt omschreven in de artikelen 2 tot 5 Arbeidsovereenkomstenwet. Deze definities zijn van dwingend recht<sup>578</sup>. De partijen kunnen de constitutieve bestanddelen van de arbeidsovereenkomst noch contractueel aanpassen, noch op (volstrekt) kunstmatige wijze omzeilen. De kwalificatie van de partijen moet volgens de rechtspraak van het Hof van Cassatie worden gerespecteerd in de mate dat de feitelijke elementen van de zaak niet toelaten om de gekozen kwalificatie uit te sluiten<sup>579</sup>.

De draagwijdte van het begrip arbeidsovereenkomst blijft niet beperkt tot de materiële neerslag van de overeenkomst, d.w.z. tot het loutere *instrumentum* dat wordt opgesteld naar aanleiding van de indiensttreding. Het omvat de daadwerkelijke contractuele verhoudingen tussen werknemer en werkgever<sup>580</sup> in de mate dat zij betrekking hebben op de arbeidsrelatie. De dwingende bepalingen van de Arbeidsovereenkomstenwet kunnen bijgevolg niet buitenspel worden gezet door de geheimhoudingsplicht op te nemen in een afzonderlijk *instrumentum*. Dit kan evenmin gebeuren door deze verplichting aan te merken als een afzonderlijk *negotium* met een autonome werking ten aanzien van de arbeidsovereenkomst. Alleen de elementen die daadwerkelijk vreemd zijn aan de arbeidsrelatie, omdat zij niet terug te leiden zijn op een overeenkomst waarbij tegen loon en onder gezag bepaalde arbeidsprestaties worden geleverd, vallen niet onder de arbeidsovereenkomst. Dat partijen onderling in een arbeidsverhouding staan, neemt dus niet weg dat zij op basis van een andere relatie, in een volledig andere hoedanigheid dan werknemer en werkgever, een geheimhoudingsovereenkomst kunnen aangaan zonder gehouden te zijn aan de beperkingen die voortvloeien uit de Arbeidsovereenkomstenwet<sup>581</sup>.

---

<sup>578</sup> Cass. 3 mei 2004, *NjW* 2005, 18, noot W. VAN EECKHOUTTE.

<sup>579</sup> Cass. 6 december 2004, *RSZ / SL*, *NjW* 2005, 21, noot W. VAN EECKHOUTTE; Cass. 3 mei 2004, *NjW* 2005, 18, noot W. VAN EECKHOUTTE; Cass. 8 december 2003, *JTT* 2004, 122, noot.

<sup>580</sup> Zie Arbh. Antwerpen 16 februari 1996, *AJT* 1996-97, 236, noot B. LIETAERT en K. NEYT; Arbh. Antwerpen (afd. Hasselt) 23 oktober 2001, *Limb. Rechtsl.* 2002, 209.

<sup>581</sup> Zie in dit verband m.b.t. mogelijke overlappingsen tussen gemeenrechtelijke afspraken en rechten en plichten die voortvloeien uit de Arbeidsovereenkomstenwet: Luik 9 maart 2000, *JT* 2000, 701. De partijen sluiten in eerste instantie een overeenkomst tot overdracht van aandelen. Deze overeenkomst bevat een niet-concurrentiebeding. Vervolgens sluiten de partijen een arbeidsovereenkomst (met de overdrager van de aandelen als werknemer) die eveneens een (ditmaal arbeidsrechtelijk) niet-concurrentiebeding bevat. De arbeidsovereenkomst wordt vervolgens beëindigd om dringende reden ten nadele van de werknemer. De werkgever beslist echter om geen beroep te doen op het

Hiervan is bijvoorbeeld sprake indien de werkgever en werknemer tevens het statuut hebben van aandeelhouder en in die hoedanigheid een stemovereenkomst met geheimhoudingsbeding sluiten.

**146. Arbeidsrechtelijke geheimhoudingsplicht is niet vatbaar voor wijziging in het nadeel van de werknemer.** Artikel 17, 3° van de Arbeidsovereenkomstenwet verplicht de werknemer tot geheimhouding. De partijen bij de arbeidsovereenkomst kunnen niet zomaar afwijken van deze bepaling. Artikel 6 Arbeidsovereenkomstenwet stelt namelijk dat alle met de Arbeidsovereenkomstenwet en haar uitvoeringsbesluiten strijdige bedingen nietig zijn voor zover zij ertoe strekken de rechten van de werknemer in te korten of zijn verplichtingen te verzwaren. Deze bepaling bevat een bescherming van dwingend recht in het voordeel van de werknemer<sup>582</sup>.

Zo werd een clause in de arbeidsovereenkomst buiten toepassing gelaten die de werknemer het verbod oplegde om gedurende tien jaar na de beëindiging van de overeenkomst om het even welke informatie te onthullen die werd verkregen in het raam van de arbeidsprestatie<sup>583</sup>: “ne peut être appliquée la clause qui interdit à un employé, pendant les dix années qui suivent la cessation du contrat, de divulguer aucune des informations qu’il détient du fait de ses fonctions, et notamment [...]. L’employé peut en effet utiliser l’expérience qu’il a acquise auprès de son ancien employeur. Il peut certainement utiliser [...]”. Deze clause ging verder dan de loutere arbeidsrechtelijke geheimhoudingsplicht en werd bijgevolg nietigverklaard.

### 3.1.1 Geheimhoudingsafspraken met werkgever

**147.** De hoedanigheid van werknemer sluit de contractsvrijheid van de partijen bij het concretiseren van de arbeidsrelatie niet volledig uit. Partijen kunnen de geheimhoudingsplicht conventioneel uitwerken zolang zij binnen de krijtlijnen van de Arbeidsovereenkomstenwet blijven. Clausules die (1) een gunstiger geheimhoudingsregime voor de werknemer voorzien, (2) de arbeidsrechtelijke

---

arbeidsrechtelijke niet-concurrentiebeding. Hij rekent er namelijk op dat hij zich op het oorspronkelijke gemeenrechtelijke niet-concurrentiebeding kan beroepen om elke vorm van concurrentie te verbieden. Dit is voordeliger voor hem omdat hij dan niet de wettelijk voorziene compensatie voor het arbeidsrechtelijke niet-concurrentiebeding hoeft te betalen. De rechter *in kort geding* (het gaat m.a.w. om een voorlopige maatregel en niet om een uitspraak ten gronde) stelt echter vast dat de arbeidsrechtelijke regels over het niet-concurrentiebeding voorrang hebben op het gemeenrechtelijke beding van de aandelenoverdracht, althans voor de concurrentiedaden die onder het toepassingsgebied van dit arbeidsrechtelijke niet-concurrentiebeding vallen (meer bepaald het uitoefenen van soortgelijke activiteiten waarbij men de mogelijkheid heeft om de ex-werkgever nadeel te berokkenen door kennis ten voordele van zichzelf of een concurrent aan te wenden terwijl die kennis eigen is aan die onderneming en men deze kennis op industrieel of handelsgebied in die onderneming heeft verworven – cf. art. 65, §1 Arbeidsovereenkomstenwet). Het gemeenrechtelijke niet-concurrentiebeding blijft wel van toepassing op de resterende categorie van concurrentiedaden (“que la clause de non-concurrence qu’il contient est donc toujours susceptible d’empêcher des activités concurrentes exercées en dehors d’un contrat d’emploi”). Het zou daarbij niet relevant mogen zijn of de ex-werknemer de concurrentie voor eigen rekening begint dan wel in de vorm van een arbeidsovereenkomst met een nieuwe werkgever. Deze analyse is *in se* transposeerbaar naar geheimhoudingsplichten voor informatie waarvan de werknemer in de uitoefening van zijn beroepsarbeid kennis neemt (cf. de formulering van art. 17, 3°, a) Arbeidsovereenkomstenwet).

<sup>582</sup> Arbh. Antwerpen 11 december 1992, *JTT* 1993, 364 en *RW* 1993-94, 470.

<sup>583</sup> Arbrb. Brussel 24 april 2002, *Soc. Kron.* 2006, (357) 363, noot.



geheimhoudingsplicht op neutrale wijze concretiseren of (3) andere dan de geïmagineerde verplichtingen verzwaren resp. andere rechten verminderen, zijn niet in strijd met artikel 6 Arbeidsovereenkomstenwet. De geldigheid van dergelijke clausules wordt slechts beperkt door de vereisten van het gemeene recht.

**148. Wijziging in het voordeel van de werknemer.** Een contractuele versoepeling van de arbeidsrechtelijke geheimhoudingsplicht is toegestaan. De bescherming geldt namelijk uitsluitend ten voordele van de werknemer<sup>584</sup>. De werkgever kan er zich niet op beroepen. Er is bijvoorbeeld sprake van een versoepeling wanneer de ‘postcontractuele’ geheimhoudingsplicht wordt gereduceerd naar een duidelijk afgebakend engagement van bepaalde duur<sup>585</sup>. De werking van artikel 17, 3° Arbeidsovereenkomstenwet is immers niet beperkt in de tijd (althans voor zover het geheime karakter van de informatie behouden blijft).

**149. Neutrale concretisering van de geheimhoudingsplicht.** Ook een neutrale concretisering in de vorm van een (niet noodzakelijk exhaustieve) verbijzondering van het voorwerp van de geheimhoudingsplicht is toegestaan. Dit gebeurt bijvoorbeeld door de werknemer een inventaris te laten ondertekenen met de vertrouwelijke stukken waarvan hij kennis neemt of mag nemen. Deze aanpak brengt de informatiestromen binnen de onderneming nauwkeurig in kaart. Dit vergemakkelijkt het onderzoek naar het bestaan van en de verantwoordelijkheid voor een lek en verlicht daardoor de bewijslast van de werkgever. Het tot stand brengen van een *paper trail* komt niet in conflict met artikel 6 Arbeidsovereenkomstenwet omdat dit de rechtspositie van de werknemer niet aantast. De ondertekening van de inventaris bevestigt slechts een feitelijke toestand in een geschrift dat van de werknemer uitgaat. Deze contractuele verbijzondering van het voorwerp van de geheimhoudingsplicht in hoofde van de werknemer mag echter niet ruimer zijn dan het voorwerp van artikel 17, 3° Arbeidsovereenkomstenwet als dusdanig. Zo kan de werkgever geen beperkingen stipuleren ten aanzien van informatie waarover hij niet het meesterschap bezit, zoals de persoonlijke ervaring of vaardigheid van de werknemer of de informatie die eigen is aan de sector als dusdanig<sup>586</sup>.

**150. Geen omzeiling van artikel 18 Arbeidsovereenkomst.** Dergelijke bewijsstukken ontslaan de werkgever niet van zijn verplichting om aan te tonen dat de werknemer die hij wenst aan te spreken effectief verantwoordelijk is voor het lek. Bovendien volstaat het louter traceren van de verantwoordelijke niet indien de inbreuk op de geheimhoudingsplicht plaatsvindt binnen de uitvoering van de arbeidsovereenkomst. In die hypothese is artikel 18 Arbeidsovereenkomstenwet van toepassing en moet de werkgever aantonen dat de schade werd veroorzaakt door een

---

<sup>584</sup> Cf. Arbh. Antwerpen 11 december 1992, *JTT* 1993, 364; Arbh. Brussel 27 januari 1988, *Soc. Kron.* 1988, 221, noot J. JACQMAIN; Arbrb. Brussel 12 november 1987, *Soc. Kron.* 1988, 225, noot; Arbrb. Brussel 8 maart 1989, *Rechtspr. Arb. Br.* 1989, 157.

<sup>585</sup> Er weze aan herinnerd dat het voorwerp van de geheimhoudingsplicht steeds vervalt zodra de informatie tot het publieke domein behoort. Geheimhoudingsbedingen die tot doel hebben om daarna nog van kracht te blijven, dienen vanaf dat moment te worden geherkwalificeerd naar niet-concurrentiebedingen en moeten voldoen aan de arbeidsrechtelijke beperkingen ter zake.

<sup>586</sup> Voorz. Arbrb. Brussel 24 april 2002, *Soc. Kron.* 2006, 357.

opzettelijke, een zware of een gewoonlijk licht voorkomende fout van de werknemer<sup>587</sup>. Van dit beschermingsmechanisme kan alleen worden afgeweken via een algemeen bindend verklaarde CAO en dan nog alleen wat betreft de schade aangericht ten opzichte van de werkgever (niet ten opzichte van derden – art. 18, tweede lid Arbeidsovereenkomstenwet).

Zo oordeelde het Arbeidshof te Bergen in een arrest van 1 december 1997 dat een in de arbeidsovereenkomst opgenomen strafbeding, dat voorzag in de betaling van een schadevergoeding in geval van verspreiding van vertrouwelijke onderzoeksgegevens, niet extensief mocht worden geïnterpreteerd op straffe van nietigheid in het licht van artikel 6 Arbeidsovereenkomstenwet. De toepassing van een dergelijk beding zou vereisen dat de werkgever de bedrieglijke of minstens onkiese houding van de werknemer bewijst<sup>588</sup>. In een extensieve interpretatie van het beding zou de geheimplichtige daarentegen tot schadevergoeding zijn gehouden wegens het loutere feit van de verspreiding, ongeacht het al dan niet voorhanden zijn van een foutieve of onzorgvuldige gedraging.

De invulling van de notie ‘bij de uitvoering van de overeenkomst’ bepaalt het toepassingsgebied van artikel 18 Arbeidsovereenkomstenwet. In een *letterlijke interpretatie* geniet de werknemer bescherming tijdens de uitvoering van elke verplichting die voortvloeit uit de arbeidsovereenkomst, zelfs al is hij op dat moment geen arbeidsprestaties aan het leveren voor zijn werkgever. Een schending van de geheimhoudingsplicht is in het licht van deze letterlijke lezing steeds terug te leiden op de uitvoering van een verplichting uit de arbeidsovereenkomst. De geheimhoudingsplicht wordt immers niet opgeschort aan het einde van de dagtaak en zelfs niet na afloop van de arbeidsrelatie die aan de basis van deze verplichting ligt.

De meerderheid van de rechtspraak en rechtsleer beperkt de notie “uitvoering van de overeenkomst”, naar analogie met de vereisten van artikel 1384, derde lid BW<sup>589</sup>,

---

<sup>587</sup> Zie Cass. 1 juni 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 923 en *Pas.* 1992, I, 858 (een niet bij CAO vastgestelde loonregeling is nietig wanneer zij tot gevolg heeft dat de werknemer deelt in het door de werkgever geleden verlies zonder dat wordt aangetoond dat het verlies werd veroorzaakt door bedrog, zware schuld of gewoonlijk licht voorkomende schuld van de werknemer); J.-P. BUYLE, “Le secret des affaires: du droit à l’intimité au secret professionnel?” in *Liber amicorum Guy Horsmans*, Brussel, Bruylant, 2004, (93) 110; M. BUYDENS, *Droit des brevets d’invention et protection du savoir-faire*, Brussel, Larcier, 1999, 310.

<sup>588</sup> Arbh. Bergen 1 december 1997, *RRD* 1998, 198; O. VANACHTER, “Fabrieksgeheimen, zakengeheimen en vastheid van betrekking” in H. DERYCKE en H. VAN HOOGENBEMT (eds.), *Vechten om talent*, Brugge, die Keure, 2002, (53) 56-57.

<sup>589</sup> A. VAN OEVELEN, “De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werknemer en van de werkgever voor de onrechtmatige daden van de werknemer in het raam van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst”, *RW* 1987-88, (1168) 1174-1175 en “De contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid van de werknemer in het raam van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst”, (113) 119-120; J.L. FAGNART, “La responsabilité dans la relation de travail” in *Le contrat de travail dix ans après la loi du 3 juillet 1978*, Brussel, Story Scientia, 1989, (163) 171; M. LAUVAUX, “De burgerlijke aansprakelijkheid van werknemers”, *Or.* 2005, (65) 68. Zie tevens: H. HOEN, “L’article 18 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail et la responsabilité civile suivant les articles 1382 à 1384 du code civil”, *JTT* 1983, (239) 240. Zie kritisch: Ph. DE JAEGERE, “De aansprakelijkheid van de werknemer t.a.v. derden in het licht van artikel 18 van de wet betreffende de arbeidsovereenkomsten” in O. VANACHTER (ed.), *Arbeidsrecht: een confrontatie tussen theorie en praktijk*, Antwerpen, Maklu, 1993, (263) 270-275; M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, II, Luik, s.u., 1986, 132-133, nr. 119; D. CUYPERS, “De aansprakelijkheid van de werknemer”, *Or.* 1992, (253) 257-258.

echter tot de schadegevallen op een tijdstip dat de werknemer “in dienst is”<sup>590</sup> en zich bijgevolg (minstens theoretisch) onder “het gezag, de leiding en het toezicht”<sup>591</sup> van zijn werkgever bevindt<sup>592</sup>. Opdat de daad tot de bediening van de aangestelde zou horen, is het voldoende dat deze daad verricht is tijdens de bediening en, ook al is het onrechtstreeks en occasioneel, ermee verband houdt<sup>593</sup>. Betekent deze lezing dat de aansprakelijkheid voor de onthulling van een geheim door loslippigheid *tijdens* de werkuren (of naar aanleiding van handelingen die daar verband mee houden) een meer dan lichte en toevallige fout vereisen terwijl deze bescherming niet geldt voor loslippigheid *buiten* de werkuren? Het antwoord hierop is afhankelijk van wat de rechter in het licht van de feiten onder de notie “in de bediening van” rekent. Deze notie heeft in eerste instantie weliswaar betrekking op de prestaties die worden geleverd tijdens de werkuren<sup>594</sup> (m.a.w. in de uitvoering van de contractuele basisverhouding), maar is niettemin vatbaar voor een ruimere invulling dan alleen de ogenblikken waarop men de eigenlijke functie uitoefent waarvoor men werd aangeworven<sup>595</sup>.

Zo paste het arbeidshof van Gent artikel 18 Arbeidsovereenkomstenwet toe op een fout die werd gepleegd buiten de eigenlijke arbeidstijd van de werknemer (met uitdrukkelijke gelijkschakeling van de woorden “bij de uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst” van art. 18 Arbeidsovereenkomstenwet met “in de bediening” van art. 1384, derde lid BW). Het behoorde tot de taak van de werknemer om de koopsom voor geleverde goederen te ontvangen en te bewaren. Hij liet deze gelden echter onbeheerd achter in zijn voertuig, van waaruit zij werden gestolen. Deze fout werd geacht *verband te houden met* de uitvoering van de arbeidsovereenkomst en bijgevolg *begaan te zijn bij* de uitvoering ervan<sup>596</sup>. De feitelijke gelijkenissen tussen een tekortkoming aan de geheimhoudingsplicht en een tekortkoming van de bewaringsplicht voor ontvangen gelden zijn daarbij treffend, aangezien de werknemer in plaats van geld evenzeer vertrouwelijke documenten had kunnen achterlaten in een onbeheerd voertuig.

Eindigt de bescherming van artikel 18 Arbeidsovereenkomstenwet wanneer de arbeidsovereenkomst een einde neemt? Deze vraag is niet problematisch voor schadegevallen die zich voordoen tijdens de normale duur van de arbeidsovereenkomst en die pas later (per hypothese binnen de verjaringstermijn) aan

<sup>590</sup> Cass. 7 mei 1996, *Arr. Cass.* 1996, 406; Cass. 25 juni 1986, *Arr. Cass.* 1985-86, 1466; M. LAUVAUX, “De burgerlijke aansprakelijkheid van werknemers”, *Or.* 2005, (65) 68; Pol. Vilvoorde 14 oktober 1996, *T. Verz.* 1997, 334, noot V. BUSSCHAERT.

<sup>591</sup> Antwerpen 8 december 1982, *Limb. Rechtsl.* 1983, 79; Arbh. Gent 22 september 1994, *Wegverkeer* 1996, 44; Pol. Leuven 12 oktober 1995, *Verkeersrecht* 1996, 58 (verkort).

<sup>592</sup> Zie over deze problematiek D. CUYPERS, “De aansprakelijkheid van de werknemer”, *Or.* 1992, (253) 257-258.

<sup>593</sup> Cf. Cass. 24 december 1980, *Arr. Cass.* 1980-81, 472; V. VANNES, *Le contrat de travail: aspects théoriques et pratiques*, 357.

<sup>594</sup> Cf. M. LAUVAUX, “De burgerlijke aansprakelijkheid van werknemers”, *Or.* 2005, (65) 68. Zie ook bv. Arbh. Luik 17 januari 2002, *Soc. Kron.* 2003, 260 (weergave – het hof stelde vast dat het ongeval met de bedrijfswagen gebeurde na de werkdag en leidde daaruit af dat het niet gebeurde tijdens de uitvoering van de arbeidsovereenkomst).

<sup>595</sup> Cass. 24 december 1980, *Arr. Cass.* 1980-81, 472 (werknemer die niet aan welbepaalde werkuren is gebonden, neemt deel aan een werkgerelateerde bijeenkomst die na de beëindiging nog wordt voortgezet in een nabijgelegen (drank)gelegenheid. De werknemer raakt betrokken in een ongeval wanneer hij na afloop huiswaarts keert. Het Hof van Cassatie stelt vast dat de bodemrechter wettig kon beslissen dat de werknemer nog steeds in dienst was op de thuisweg).

<sup>596</sup> Arbh. Gent 12 september 1997, *TGR* 1997, 261.

het licht komen. Deze feiten vallen onder het temporele toepassingsgebied van artikel 18 Arbeidsovereenkomstenwet aangezien op het tijdstip van de feiten nog geen enkel element van de overeenkomst was beëindigd. De vraag is echter of artikel 18 Arbeidsovereenkomstenwet nog dient te worden toegepast op schendingen van de postcontractuele geheimhoudingsplicht – en dus na afloop van de contractuele basisverhouding (de arbeidsrelatie als dusdanig). Wanneer men de noties “bij de uitvoering van de overeenkomst” of “in de bediening van” interpreteert als de fase van de overeenkomst waarin de overeengekomen arbeidsprestatie moet worden geleverd, kan de werknemer zich inderdaad niet meer beroepen op de bescherming van artikel 18 Arbeidsovereenkomstenwet voor tekortkomingen aan de arbeidsrechtelijke geheimhoudingsplicht die zich voordoen na afloop van de arbeidsovereenkomst<sup>597</sup>. De arbeidsprestaties zijn dan immers afgelopen en de werknemer staat voortaan niet meer onder gezag, leiding en toezicht van zijn werkgever. Deze interpretatie strookt ook met visie die de notie “arbeidsovereenkomst” interpreteert als de contractuele basisverhouding, d.i. als een verwijzing naar de plicht tot betaling van een loon en de levering van arbeid als kenmerkende prestaties van de arbeidsovereenkomst.

In een letterlijke lezing maakt de naleving van de “postcontractuele” geheimhoudingsplicht daarentegen nog steeds deel uit van de uitvoering van de aangegane overeenkomst en zou ook artikel 18 Arbeidsovereenkomst van kracht moeten blijven. Deze laatste interpretatie is alleszins niet problematisch vanuit een contractenrechtelijk perspectief (*cf. infra* randnr. 534 *et seq.*). Een (contractueel) exoneratiebeding hoeft namelijk niet te eindigen op het moment dat de contractuele basisverhouding een einde neemt. Dit beding kan bestemd zijn om ook te worden toegepast op de “postcontractuele” fase van de relatie.

### **151. Verzwaring van niet in de Arbeidsovereenkomstenwet of haar uitvoeringsbesluiten geregelde verplichtingen in het nadeel van de werknemer.**

Ten slotte rijst de vraag of de verplichtingen van de werknemer kunnen worden verzaamd zonder afbreuk te doen aan artikel 6 Arbeidsovereenkomstenwet. In het gemene recht beschikken de partijen over de optie om de bewijslast van het bestaan en de omvang van de schade te regelen via een *schadebeding*<sup>598</sup>. Schadebedingen zijn een nuttig instrument om de bewijsmoeilijkheden die gepaard gaan met een schending van een geheimhoudingsplicht te verzachten. Deze bedingen bevatten een proactieve raming van de te verwachten schade bij wanprestatie begaan door een van de partijen. Een schadebeding verzaamt de *rechtspositie* van de werknemer. De werkgever kan in geval van wanprestatie van zijn medecontractant immers volstaan met een beroep op het afgesproken forfait. Hij hoeft zijn werkelijke schade niet meer te bewijzen. De rechter moet zich beperken tot een marginale toetsing van het afgesproken bedrag.

---

<sup>597</sup> Arbh. Luik (afd. Namen) 19 januari 2010, *RRD* 2009, 121; Arbh. Brussel 19 maart 2010, *RRD* 2009, 225. Vgl. in die zin E. CARLIER, *Concurrentie tijdens en na de arbeidsrelatie*, Mechelen, Kluwer, 2003, 31 (“Deze verbintenis [om geen werknemers af te werven] heeft immers betrekking op de periode na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, een ogenblik waarop artikel 18 van de Arbeidsovereenkomstenwet geen toepassing meer vindt”).

<sup>598</sup> De Arbeidsovereenkomstenwet biedt overigens de mogelijkheid om een borgtocht te vragen van de werknemer die bestemd is om de nakoming van diens verplichtingen te vrijwaren. Deze borgtocht mag uitsluitend worden gevraagd indien dit voorzien is in een CAO (art. 23 Arbeidsovereenkomstenwet).

De verzwaring van de rechtspositie van de werknemer impliceert nog niet dat een schadebeding nietig is wegens strijdigheid met artikel 6 Arbeidsovereenkomstenwet. Deze bepaling beschermt immers uitsluitend de rechten en plichten die zijn voorzien in de Arbeidsovereenkomstenwet of haar uitvoeringsbesluiten<sup>599</sup>. De Arbeidsovereenkomstenwet voorziet echter geen algemeen verbod op het gebruik van schadebedingen. Artikel 17, 3° Arbeidsovereenkomstenwet bevat geen enkele indicatie over de remediëring van een inbreuk op de geheimhoudingsplicht. Het derde lid van artikel 18 Arbeidsovereenkomstenwet bevat wel een norm die het gebruik van schadebedingen uitsluit, maar die heeft slechts betrekking op een specifieke context<sup>600</sup>. Het derde lid van artikel 18 laat de werkgever toe om zijn schuldvordering, waarover hij desgevallend beschikt in het raam van artikel 18 eerste lid, uit te oefenen via een inhouding op het loon van de werknemer. De inhouding kan alleen gebeuren indien de verschuldigde schadevergoeding *na* de feiten wordt vastgesteld in een overeenkomst met de werknemer of in een rechterlijke beslissing. Daaruit volgt dat een schadebeding niet kan dienen als basis voor deze inhouding op het loon. Een schadebeding vereist immers per definitie een voorafgaande raming van de te verwachten schade. Dit verbod blijft echter beperkt tot de specifieke hypothese voorzien in artikel 18 eerste lid Arbeidsovereenkomstenwet.

*A contrario* kan uit deze vaststellingen worden afgeleid dat het schadebeding niet leidt tot een vermindering van de rechten of een verzwaring van de verplichtingen van de werknemer in het licht van de te toetsen wettelijke bepalingen. Schadebedingen zijn bijgevolg principieel toegestaan voor onder meer de remediëring van een inbreuk op de geheimhoudingsplicht<sup>601</sup>, behalve in het specifieke geval waarin de werkgever het beding tracht aan te wenden voor een inhouding op het loon.

De arbeidsrechtelijke geheimhoudingsplicht heeft een wettelijke grondslag, namelijk artikel 17, 3° Arbeidsovereenkomstenwet. De wettelijke regeling van het schadebeding (art. 1226-1233 BW) verklaart zich echter van toepassing op de schade die voortvloeit uit een *contractuele wanprestatie*<sup>602</sup>. Er moet dan ook worden nagegaan of het wettelijke karakter van de arbeidsrechtelijke geheimhoudingsplicht tot gevolg heeft dat die verplichting onderworpen is aan de regels van de buitencontractuele aansprakelijkheid, waar schadebedingen mogelijk geen optie zouden zijn<sup>603</sup>. Dit blijkt niet het geval te zijn. De miskennis van de arbeidsrechtelijke geheimhoudingsplicht van artikel 17, 3° Arbeidsovereenkomstenwet kadert volledig in het contractuele aansprakelijkheidsregime. De verplichting vloeit weliswaar voort uit de wet, maar zij

---

<sup>599</sup> Cass. 30 september 1991, *Arr. Cass.* 1991-92, 105.

<sup>600</sup> J.-F. FUNCK, "La clause de confidentialité dans le contrat de travail" in V. VANNES (ed.), *Clauses spéciales du contrat de travail*, Brussel, Bruylant, 2003, (191) 213-214.

<sup>601</sup> Arbh. Bergen 1 december 1997, *RRD* 1998, 198.

<sup>602</sup> Cf. art. 1226 BW: "een strafbeding is een beding waarbij een persoon zich voor het geval van *niet-uitvoering van de overeenkomst* verbindt tot [...]".

<sup>603</sup> De vraag of schadebedingen betrekking kunnen hebben op strikt buitencontractuele schade is hier niet meer aan de orde. Zie *supra* randnr. 18 voor de problematiek van het schadebeding en de buitencontractuele aansprakelijkheid. Naar aanleiding van die analyse werd besloten dat personen een schadebeding kunnen aangaan ondanks het buitencontractuele karakter van de aansprakelijkheid.

is uitsluitend van kracht omdat de partijen zich in een contractuele relatie (*in casu* de arbeidsovereenkomst) bevinden of zich daar minstens ooit in hebben bevonden<sup>604</sup>. Het loutere feit dat bepaalde verplichtingen die uit een overeenkomst voortvloeien wettelijk zijn geregeld, volstaat niet om hen te kwalificeren als buitencontractuele verbintenissen in de zin van artikel 1370 BW<sup>605</sup>. Het principe van de wilsautonomie in het contractenrecht verhindert namelijk niet dat de miskenning van verplichtingen die door de wet aan de overeenkomst zijn gekoppeld, leidt tot contractuele aansprakelijkheid<sup>606</sup>. De formele grondslag van de geheimhoudingsplicht is weliswaar de wil van de wetgever, maar de materiële toepassing van die verplichting vindt haar grondslag in het bestaan van de (arbeids)overeenkomst en dus in de wil van de partijen om een (arbeids)overeenkomst aan te gaan<sup>607</sup>.

De link tussen de inhoud van de overeenkomst als product van de wil der partijen en de aanvulling van die overeenkomst door de wetgever, de gebruiken en de billijkheid is te vinden in artikel 1135 BW<sup>608</sup>. Deze bepaling voorziet dat de overeenkomst niet alleen verbindt tot wat *uitdrukkelijk werd vastgelegd door de partijen*, maar ook tot alle gevolgen die daar op basis van haar aard *door de wet* (en het gebruik of de billijkheid) aan worden vastgehaakt. Dit principe loodst formeel wettelijke verplichtingen naar de contractuele sfeer. Er hoeft dan ook sowieso niet te worden nagegaan of partijen een schadebeding kunnen sluiten voor buitencontractuele aangelegenheden.

De contractuele kwalificatie van een formeel wettelijke verplichting verhindert niet dat de wetgever buitencontractuele gevolgen kan koppelen aan bepaalde feiten. Een

---

<sup>604</sup> Dit zijn dan de zogenaamde ‘postcontractuele’ effecten. Artikel 17, 3° is overigens op zijn beurt de wettelijke bevestiging van het principe dat de goede trouw in de uitvoering van de arbeidsovereenkomst een geheimhoudingsplicht met zich meebrengt voor de werknemer (zie voor de situatie vóór de uitdrukkelijke bevestiging van dit principe in de wet: Cass. 19 februari 1960, RW 1960-61, 81).

<sup>605</sup> Cf. art. 1370 BW: “Sommige verbintenissen ontstaan *zonder dat er enige overeenkomst is* [...]”. J.-C. SAINT-PAU, “Fasc. 11-10: DROIT À RÉPARATION. Conditions de la responsabilité contractuelle - Fait générateur - Obligations”, *JurisClasseur Civil*, 2003, nr. 54.

<sup>606</sup> J. CUENDET, *La faute contractuelle et ses effets. Etude de l'article 99, al. 3 CO*, Bern, Stämpfli, 1970, 12, nr. 15.

<sup>607</sup> Andere voorbeelden van een bij wet voorziene maar niettemin contractuele verplichting zijn de leveringsplicht (bv. art. 1615 BW; Cass. 6 juni 1974, *Arr. Cass.* 1974, 1102) en de vrijwaringsplicht (art. 1625-1649 BW) van de verkoper, de betaling van de opzegvergoeding n.a.v. de beëindiging van de arbeidsovereenkomst zonder dringende reden of de toepasselijke opzegtermijn (art. 39, §1 Arbeidsovereenkomstenwet; Cass. 19 februari 1990, *Arr. Cass.* 1989-90, 788) en de verplichting om een redelijke opzegtermijn of –vergoeding en desgevallend ook een bijkomende vergoeding toe te kennen bij de beëindiging van een concessieovereenkomst van onbepaalde duur (art. 2 en 3 van de Wet van 27 juli 1961; Cass. 6 april 1978, *Arr. Cass.* 1978, 898).

<sup>608</sup> J.-C. SAINT-PAU, “Fasc. 11-10: DROIT À RÉPARATION. Conditions de la responsabilité contractuelle - Fait générateur - Obligations”, *JurisClasseur Civil*, 2003, nr. 54; C. MOULY-GUILLEMAUD, *Retour sur l'article 1135 du Code civil. Une nouvelle source du contenu contractuel*. in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 2006, nr. 210, 216. De precieze strekking van dit artikel is weliswaar betwist. Volgens een deel van de Franse rechtsleer (zie o.m. J. GHESTIN, C. JAMIN en M. BILLIAU, *Les effets du contrat* in *Traité de droit civil*, Parijs, LGDJ, 2001, 58, nr. 42) is het bijvoorbeeld uitsluitend van toepassing op de aanvullende wettelijke bepalingen (die bij gebrek aan wilsuiking in de tegenovergestelde zin dan maar van toepassing worden geacht op de overeenkomst) en niet op die van dwingend recht of openbare orde (waarvan de bindende kracht niet voortvloeit uit de overeenkomst).

inbreuk op de arbeidsrechtelijke geheimhoudingsplicht kan bijvoorbeeld, naast een contractuele tekortkoming, ook een buitencontractuele tekortkoming uitmaken op basis van artikel 309 Sw. indien het gaat om de opzettelijke onthulling van fabrieksgeheimen van de werkgever.

**152. Tijdstip waarop de beperkingen een einde nemen.** De werkgever mag de verplichtingen van artikel 17, 3°, b) niet contractueel verzwaren ten nadele van zijn werknemers zolang de contractuele arbeidsverhouding van kracht is. De toetsing van de geheimhoudingsafspraken aan artikel 6 Arbeidsovereenkomstenwet kan dan ook niet beperkt blijven tot een analyse van het initieel door werkgever en werknemer ondertekende document. Latere wijzigingen aan de contractuele arbeidsverhouding moeten de grenzen van artikel 6 respecteren.

De bescherming van artikel 6 geldt daarenboven evenzeer voor bedingen die tijdens de duur van de arbeidsovereenkomst werden aangegaan, maar bedoeld zijn om pas in werking te treden na afloop van de arbeidsrelatie<sup>609</sup>. Het dwingende karakter van een wettelijke bepaling (*cf.* art. 6 *juncto* art. 17 Arbeidsovereenkomstenwet) verhindert namelijk dat de toepassing van deze bepaling contractueel wordt wegbedongen zolang de bestaansreden van de bescherming aanwezig is<sup>610</sup>. De beschermde partij kan pas afstand doen van de bescherming nadat zij haar dwingende karakter heeft verloren<sup>611</sup>. Dit is pas het geval nadat het te beschermen recht ontstaat in het concrete geval. De inwerkingtreding van een voordien overeengekomen en in de tussentijd opgeschorte afspraak resulteert niet in een geldige afstand van de bescherming. De wilsuiking vond immers plaats op een moment dat nog geen afstand mocht worden gedaan. De concrete effecten van die wilsuiking waren alleen maar uitgesteld. Een geldige afstand vereist een nieuwe wilsuiking op een moment dat de bepaling een louter aanvullend karakter heeft gekregen voor het recht in kwestie, d.i. nadat het dwingende karakter ervan is verdwenen.

### 3.1.2 Geheimhoudingsafspraken tussen werknemer en derde-meester van het geheim

**153. Geheimhoudingsplicht werknemers ten aanzien van werkgever geldt ook voor vertrouwelijke informatie van derden.** In het Belgisch recht zijn werknemers steeds geheimhouding verschuldigd op basis van artikel 17, 3° Arbeidsovereenkomstenwet. Een uitdrukkelijke bepaling in de overeenkomst met de werkgever is niet vereist. Deze bepaling viseert alleszins de vertrouwelijke informatie waarover de werkgever op zelfstandige wijze een feitelijk monopolie geniet. Men kan zich echter afvragen of deze bepaling zich uitstrekt tot geheimhouding van informatie waarvoor de werkgever zelf onderworpen is aan een geheimhoudingsplicht in de relatie met een derde. Het voorwerp van de arbeidsrechtelijke geheimhoudingsplicht wordt ruim geformuleerd als fabrieksgeheimen, zakengeheimen of geheimen in

<sup>609</sup> M.a.w. bedingen die een 'postcontractuele' werking op het oog hebben en bestemd zijn om in werking te treden na afloop van de arbeidsovereenkomst.

<sup>610</sup> Cass. 7 december 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 1390 en *Pas.* 1992, I, 1341.

<sup>611</sup> Cass. 13 oktober 1997, *Arr. Cass.* 1997, 969 en *Pas.* 1997, I, 1017 (op dat moment wordt zij een bepaling van aanvullend recht). Zie ook Cass. 16 november 1990, *Pas.* 1991, I, 292,

verband met persoonlijke of vertrouwelijke aangelegenheden waarvan de werknemer in de uitoefening van zijn beroepsarbeid kennis kan hebben. Deze bepaling vereist niet dat de werkgever als dusdanig de meester van het geheim zou zijn. Het doorslaggevend criterium is dat de werknemer de hierboven opgesomde informatie verneemt in de uitoefening van zijn beroepsarbeid. Het gebrek aan meesterschap over het geheim van de werkgever in de relatie met de informatieverstrekker neemt daardoor niet weg dat hij mag rekenen op discretie van zijn werknemers. De werkgever kan met andere woorden als dusdanig een meester van het geheim worden in de relatie met zijn werknemers, ook al heeft hij op zijn beurt verplichtingen ten aanzien van derden. De werknemers hebben de vertrouwelijke informatie nu eenmaal via de werkgever verkregen en niet via een ander kanaal. De (ex-)werknemer die beweert niet (meer) verplicht te zijn tot geheimhouding moet andere argumenten aandragen dan het gebrek aan meesterschap over de informatie van de (ex-)werkgever, zoals het feit dat de informatie op legitieme wijze toegankelijk is via derden voor de (ex-)werknemer.

**154. Is een rechtstreekse geheimhoudingsplicht tussen een derde-informatieverstrekker en individuele werknemers van de informatieverkrijger geldig?** De vraag rijst of de derde-informatieverstrekker rechtstreeks een geheimhoudingsovereenkomst mag aangaan met andermans werknemers. Als derde wordt hier beschouwd elke persoon die geen partij is bij de individuele of collectieve arbeidsovereenkomst met de werknemer. De mogelijkheid om een rechtstreekse geheimhoudingsovereenkomst te sluiten tussen de derde-informatieverstrekker en de individuele werknemer is op zich niet voor betwisting vatbaar. Dergelijke overeenkomsten zijn geldig in het licht van de principiële contractsvrijheid. Een heikeler punt is of deze overeenkomst moet voldoen aan de bepalingen van artikel 17, 3° Arbeidsovereenkomstenwet dat de geheimhoudingsplicht van de werknemer ten aanzien van zijn werkgever regelt. Aangezien de derde op basis van artikel 1165 BW geen partij is bij de arbeidsovereenkomst zou men op het eerste gezicht stellen dat de derde zich dan ook geen rekenschap moet geven van de dwingende bepalingen van de Arbeidsovereenkomstenwet. Het Hof van Cassatie besliste echter dat bedingen in een relatie met derden wel degelijk onderworpen kunnen zijn aan de dwingende voorschriften van de Arbeidsovereenkomstenwet<sup>612</sup>. Er moet daarom worden nagegaan of, en zo ja onder welke voorwaarden, deze beslissing van het Hof van Cassatie ook opgaat voor geheimhoudingsovereenkomsten tussen derden en werknemers. In eerste instantie dient daarvoor te worden onderzocht of de verbodsbepaling van artikel 6 Arbeidsovereenkomstenwet kan worden toegepast op overeenkomsten met derden. Vervolgens moet worden onderzocht of dit artikel daadwerkelijk kan worden aangewend om de contractsvrijheid van deze partijen te beperken.

**155. Draagwijdte van de notie “beding” in artikel 6 Arbeidsovereenkomstenwet.** De eerste vraag heeft betrekking op de betekenis van de zinsnede “alle [...] strijdige bedingen zijn nietig” van artikel 6. Uit de parlementaire voorbereiding van de

---

<sup>612</sup> Cass. 2 april 2001, *Arr. Cass.* 2001, 572 (niet-concurrentiebeding).



Arbeidsovereenkomstenwet valt af te leiden dat de draagwijdte van deze notie zich uitstrekt tot bedingen opgenomen in de individuele (arbeids)overeenkomst, de collectieve arbeidsovereenkomst of het arbeidsreglement<sup>613</sup> van de betrokken partijen. Een moedervennootschap van de onderneming die de werknemer tewerkstelt kan daardoor de hoedanigheid van derde hebben<sup>614</sup>. Het is echter wat voortvarend om op basis van een *a contrario* redenering uit een passage van de parlementaire voorbereiding van de wet te besluiten dat contractuele verhoudingen met derden nooit onder het toepassingsgebied van artikel 6 Arbeidsovereenkomstenwet kunnen vallen. Een letterlijke lezing van het artikel sluit alvast niet uit dat de notie “beding” zich kan uitstrekken tot bedingen in de relatie tussen de werknemer en derden. Het is wel zo dat de Arbeidsovereenkomstenwet tot doel heeft om de arbeidsovereenkomst te regelen (artikel 1 Arbeidsovereenkomstenwet). Het spreekt dan ook voor zich dat rechtsverhoudingen tussen de werknemer en derden in principe buiten het toepassingsgebied van deze wet vallen. De notie “arbeidsovereenkomst” is echter wel ruimer dan het tussen de werknemer en werkgever opgestelde *instrumentum* dat formeel als de arbeidsovereenkomst wordt bestempeld (*supra* randnr. 145). Het valt daarom niet uit te sluiten dat bedingen in de relatie met een derde onder de Arbeidsovereenkomstenwet vallen indien wordt aangetoond dat zij zeer nauw verbonden zijn met deze overeenkomst. Het Hof van Cassatie oordeelde in dit verband dat de bepalingen over het arbeidsrechtelijke niet-concurrentiebeding (de artikelen 65 en 86 Arbeidsovereenkomstenwet) van toepassing blijven op bedingen waarbij de werknemer *krachtens een overeenkomst met zijn werkgever of als gevolg van de uitvoering ervan* een postcontractuele niet-concurrentieplicht opneemt *ten aanzien van een door de werkgever aan te duiden derde*<sup>615</sup>. De werkgever kan de dwingende bepalingen van de Arbeidsovereenkomstenwet bijgevolg niet omzeilen door de inschakeling van derden. Deze redenering gaat *mutatis mutandis* ook op voor de hypothese waarin de werknemer een geheimhoudingsbeding met een door de werkgever aan te duiden derde moet aangaan *krachtens een overeenkomst met zijn werkgever of als gevolg van de uitvoering ervan*. De verplichtingen van de werknemer ten aanzien van deze derde kunnen in deze hypothese niet verder gaan dan de marge die de Arbeidsovereenkomstenwet laat aan de werkgever.

**156. Effectiviteit van de aan artikel 6 Arbeidsovereenkomstenwet onderworpen geheimhoudingsovereenkomst met derde.** De effectiviteit van de geheimhoudingsovereenkomst tussen de derde-informatieverstrekker en de werknemer die de overeenkomst met hem moet aangaan in het raam van diens arbeidsovereenkomst is afhankelijk van de draagwijdte die men geeft aan artikel 17, 3° Arbeidsovereenkomst. De arbeidsrechtelijke discretieplicht heeft tot doel om de

<sup>613</sup> Verslag van 5 juni 1978 van het wetsontwerp betreffende de arbeidsovereenkomsten, *Parl. St. Kamer* 1977-78, 293/4, 7; *Vr. en Antw.* Senaat 2004-05, 4 januari 2005, nr. 3-31, 2181; *Arbh.* Gent 11 januari 1990, *RW* 1990-91, 58; *Arbh.* Gent 9 mei 2005, *JTT* 2005, 417, noot P. MAERTEN; *Arbrb.* Brussel 19 maart 1990, *JTT* 1991, 31; *Arbrb.* Brussel 24 april 2002, *Soc. Kron.* 2006, (357) 362; B. ADRIAENS, “Over ingekorte rechten en verzwaarde verplichtingen” in *De Arbeidsovereenkomstenwet na 30 jaar... anders bekeken*, Gent, Larcier, 2008, (35) 37.

<sup>614</sup> *Arbh.* Gent 9 mei 2005, *JTT* 2005, 417, noot P. MAERTEN; P. DE KOSTER en I. VANDERREKEN, *Financiële participatie voor werknemers*, Diegem, Ced.Samsom, 2001, 108.

<sup>615</sup> Cass. 2 april 2001, *Arr. Cass.* 2001, 572 (niet-concurrentiebeding).

interne keuren van de werkgever te beschermen zonder de toekomstige arbeidsperspectieven van de werknemer in het gedrang te brengen. De bepaling dat de werknemer de geheimen “waarvan hij in de uitoefening van zijn beroepsarbeid kennis kan hebben” niet mag “bekendmaken”, wordt klassiek letterlijk geïnterpreteerd<sup>616</sup>. Persoonlijk gebruik van het zakengeheim door de werknemer is daarbij behoudens de hypothese van een geldig arbeidsrechtelijk niet-concurrentiebeding toegestaan (na afloop van de arbeidsovereenkomst en voor zover dit gebruik niet leidt tot de verspreiding van de informatie en evenmin uitmondt in oneerlijke concurrentie), maar de bekendmaking ervan aan derden niet. De toepassing van deze regel op de zakengeheimen van derden heeft echter moeilijk te rechtvaardigen resultaten. Zo zou een werkgever-licentienemer zijn duurbetaald gebruiksrecht op vertrouwelijke informatie zien uitdoven na afloop van de licentie, terwijl zijn ex-werknemers hem en de derde-informatieverstrekker zouden mogen beconcurreren door het persoonlijke gebruik van dezelfde informatie. Deze situatie is bezwaarlijk billijk te noemen voor de derde-informatieverstrekker en kan hem ervan weerhouden om werknemers van buiten zijn onderneming toegang te geven tot zijn vertrouwelijke informatie. De interpretatie dat artikel 17, 3° zowel de verspreiding als het gebruik van de vertrouwelijke informatie viseert<sup>617</sup>, geniet vanuit dit opzicht de voorkeur.

Deze vaststelling geldt niet alleen voor de hypothese dat een derde-informatieverstrekker een rechtstreekse geheimhoudingsovereenkomst wenst te sluiten met andermans werknemer, maar ook voor de arbeidsrechtelijke geheimhoudingsplicht tussen werkgever en werknemer als dusdanig. Vanuit het standpunt van de arbeids- en handelsvrijheid is er weinig verschil tussen een ex-werknemer die geld tracht te verdienen aan de verspreiding van de bedrijfsinformatie naar derden toe (door bv. consultancy-activiteiten) en een ex-werknemer die de bedrijfsinformatie voor eigen rekening exploiteert zonder ze mee te delen aan derden (al zal de informatie in het eerste geval sneller algemeen bekend raken dan in het tweede geval). Hij maakt in beide gevallen gebruik van vertrouwelijke informatie die anderen hem ter beschikking hebben gesteld.

Hoe dan ook mag men uit het letterlijke verbod op bekendmaking van vertrouwelijke informatie waarvan de werknemer kennis nam in het raam van de arbeidsovereenkomst niet *a contrario* afleiden dat elk gebruik van deze informatie *ipso facto* toegestaan zou zijn. Dit gebruik kan nog steeds een onrechtmatige (concurrentie)daad zijn. Zo is het gebruik van zakengeheimen waarvan men weet of behoort te weten dat ze van derden afkomstig zijn en die men verkreeg via een geheimplichtige een handeling die de rechter als foutief kan aanmerken in de zin van

---

<sup>616</sup> Cf. Voorz. Kh. Brussel 2 november 1994, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 1994, 401; J. HERMAN, “Goede trouw van de werknemer bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst: discretieplicht en concurrentieverbod”, *Or.* 1988, (221) 223; V. THIELMAN, “Juridische problematiek van de oneerlijke concurrentie gepleegd door (ex-)werknemers / - zelfstandige medewerkers / - (werkende) vennoten”, *DAOR* 1990, (43) 59; B. MICHAUX, “Concurrence déloyale et anciens co-contractants. Les mises au point de la dernière jurisprudence”, *TBH* 1994, (578) 582-583.

<sup>617</sup> B.-H. VINCENT, “Vers une déontologie de l’ancien salarié” (noot onder Voorz. Arbrb. Brussel 5 januari 2001), *JTT* 2001, 335. De Zwitserse wetgeving legt in dit opzicht uitdrukkelijk zowel een verspreidings- als een gebruiksverbod op: art. 321a, 4 Code des Obligations; O. WENIGER, *La protection des secrets économiques et du savoir-faire (Know-how)*, Genève, Droz, 1994, 237.

art. 1382 BW. Zij kan ook een oneerlijke vorm van mededinging uitmaken (op basis van art. 17, 3°, b) Arbeidsovereenkomstenwet en/of de WMPC).

Zo definieert Sectie §1, (2) van de UTSA *misappropriation* van zakengeheimen onder meer als “disclosure or use of a trade secret of another without express or implied consent by a person who [...] [B] at the time of disclosure or use knew or had reason to know that his knowledge of the trade secret was [...] (III) derived from or through a person who owed a duty to the person seeking relief to maintain its secrecy or limit its use”. Deze bepaling biedt de derde de mogelijkheid om op te treden tegen de werknemers van diens medecontractant voor zover zij op de hoogte zijn of behoorden te zijn van de oorsprong van de informatie.

**157. Géén mogelijkheid tot afwijking van artikel 18 Arbeidsovereenkomstenwet in relatie met derden.** Uit beide beperkingen valt af te leiden dat de Arbeidsovereenkomstenwet niet wordt geschonden indien de oorspronkelijke informatieverstrekker een geheimhoudingsovereenkomst aangaat met de werknemer als individu. Niets verhindert bijgevolg dat de informatieverstrekker rechtstreeks een geheimhoudingsovereenkomst zou aangaan met individuele werknemers van zijn tegenpartij. Een omzeiling van artikel 18 Arbeidsovereenkomstenwet is echter niet mogelijk. Volgens dit artikel is de werknemer enkel burgerrechtelijk<sup>618</sup> aansprakelijk voor schade berokkend aan de *werkgever of aan derden*<sup>619</sup> voor zover deze te wijten is aan bedrog, zware fout of gewoonlijk voorkomende lichte fout in het raam van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst<sup>620</sup>. Deze barrière, die het vermogen van de werknemer afschermt van werkgever en derden, kan niet conventioneel worden afgezwakt ten voordele van derden<sup>621</sup>. Het derde lid van artikel 18 voorziet daaromtrent in een uitdrukkelijk verbod dat wordt gesanctioneerd met -relatieve-nietigheid. De werknemer kan pas afzien van de nietigheid nadat het recht om zich erop te beroepen ontstaat, meer bepaald van zodra een persoon hem in weerwil van artikel 18 Arbeidsovereenkomstenwet tracht aan te spreken. Het verbod maakt elke afwijking in het nadeel van de werknemer onmogelijk<sup>622</sup>, ook al werd deze rechtstreeks bedongen met de derde zodat de bepaling geen deel uitmaakt van de formele arbeidsovereenkomst. De aansprakelijkheidsbeperking van artikel 18 is bijgevolg van toepassing zodra de voorwaarden daarvan vervuld zijn, ongeacht enig andersluidend beding. Een werknemer die tijdens zijn beroepsuitoefening een geheim dat de werkgever zelf verkreeg van een derde onthult wegens een toevallige lichte

---

<sup>618</sup> De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de werknemer blijft onverkort gelden (Cass. 27 januari 1998, *Arr. Cass.* 1998, 127).

<sup>619</sup> Zie bv. Pol. Antwerpen 7 juni 2000, *Verkeersrecht* 2001, 90.

<sup>620</sup> De bescherming geldt zowel voor contractuele als buitencontractuele schade (D. CUYPERS, “De aansprakelijkheid van de werknemer”, *Or.* 1992, (253) 254).

<sup>621</sup> De regeling kan ten aanzien van de werkgever wel worden aangepast op basis van een collectieve arbeidsovereenkomst. Er werd even gespeeld met het idee om deze mogelijkheid ook te voorzien ten aanzien van derden. Daarvan werd echter afgezien zodra men realiseerde dat zelfs een algemeen bindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomst niet alle derden bindt (art. 31 Wet van 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités, *BS* 15 januari 1969, *err. BS* 4 maart 1969).

<sup>622</sup> A. VAN OEVELEN, “De contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid van de werknemer in het raam van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst” in M. RIGAUX (ed.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1984, (111) 145.

fout (bv. door de informatie gedurende enkele ogenblikken onbewaakt achter te laten) kan bijvoorbeeld niet worden aangesproken door de informatieverstrekker. De derde zal zich in deze gevallen moeten richten tegen de werkgever.

**158. Collectieve arbeidsovereenkomsten.** Volledigheidshalve kan er reeds op worden gewezen dat ook collectieve arbeidsovereenkomsten een geheimhoudingsplicht kunnen bevatten. Artikel 6 Arbeidsovereenkomstenwet is ook van toepassing op deze overeenkomsten. Zij mogen bijgevolg geen afbreuk doen aan de rechten van de werknemer.

Men dient wel steeds rekening te houden met de precieze draagwijdte van de CAO. Zo bevat CAO nr. 38 *geen* rechtstreeks afdwingbare geheimhoudingsplicht in hoofde van de werkgever<sup>623</sup> of sollicitanten<sup>624</sup>. De CAO richt zich op dit punt<sup>625</sup> slechts tot de ondertekenende partijen. Zij moeten hun gezag aanwenden bij hun leden opdat deze de gedragsregels in verband met de werving en de selectie van werknemers zouden naleven. Een dergelijke geheimhoudingsplicht kan naargelang de omstandigheden uiteraard wel voortvloeien uit de normale regels van de buitencontractuele aansprakelijkheid. CAO nr. 82 stelt dan weer dat een outplacementaanbod aan een werknemer slechts geldig is indien uit dit aanbod blijkt dat de dienstverlener zich verbindt tot vertrouwelijkheid voor de gegevens van de werknemers die zij begeleiden<sup>626</sup>.

### 3.2 Consument als contractspartij van een onderneming in de zin van de WMPC

**159. Bescherming van de consument tegen onrechtmatige bedingen.** De WMPC beschermt de consument tegen onrechtmatige bedingen in de overeenkomsten die hij aangaat met ondernemingen of beoefenaars van een vrij beroep. De notie consument wordt gedefinieerd als iedere natuurlijke persoon die uitsluitend voor niet-beroepsmatige doeleinden op de markt gebrachte producten of diensten verwerft of gebruikt (art. 2, 3° WMPC; oud art. 1, 7. WHPC omvatte naast natuurlijke personen ook nog rechtspersonen). Een onderneming is elke natuurlijke persoon of rechtspersoon die op duurzame wijze een economisch doel nastreeft en zijn verenigingen (art. 2, 1° WMPC; vgl. oud art. 1, 6. WHPC en de verbijzondering van oud art. 31, §2, 2° WHPC). Het verbod op het gebruik van onrechtmatige bedingen bestaat uit twee componenten, een algemeen verbod op onevenwichtige clausules ten nadele van de consument en een zwarte lijst met specifieke bedingen die steeds nietig zijn.

---

<sup>623</sup> Art. 12 CAO nr. 38 van 6 december 1983 betreffende de werving en selectie van werknemers, *BS* 28 juli 1984. Zie over deze problematiek: F. HENDRICKX, "Discriminatie bij werving en selectie: seksuele geaardheid en handicap (I)", (64) 66-67; W. VAN EECKHOUTTE, "De goede trouw in het arbeidsovereenkomstenrecht: een aanzet tot herbronning en reïntegratie", *TPR* 1990, (971) 990-994.

<sup>624</sup> Art. 14 CAO nr. 38 van 6 december 1983 betreffende de werving en selectie van werknemers, *BS* 28 juli 1984. De sollicitant heeft uiteraard geen recht op de verkrijging van vertrouwelijke informatie naar aanleiding van zijn sollicitatie (Antwerpen 30 november 1993, *TBH* 1994, 705).

<sup>625</sup> Art. 7 van CAO nr. 38. Deze CAO bevat wel andere bepalingen die afdwingbaar zijn t.a.v. de werkgevers.

<sup>626</sup> Cf. Art. 5, 2° CAO nr. 82 van 10 juli 2002 (zoals gewijzigd door CAO nr. 82 bis van 17 juli 2007), gesloten in de Nationale Arbeidsraad, betreffende het recht op outplacement voor werknemers van 45 jaar en ouder die worden ontslagen, *BS* 5 oktober 2002.

De algemene beschermingsgrond viseert elk beding of elke voorwaarde die, alleen of in samenhang met andere bedingen of voorwaarden, een kennelijk onevenwicht schept tussen de rechten en plichten van de betrokken partijen (art. 2, 28° *juncto* art. 73 WMPC; oud art. 31, §1 WHPC).

Het al dan niet manifest onevenwichtige karakter van een geheimhoudingsplicht kwam aan bod in de rechtspraak van het Franse Hof van Cassatie<sup>627</sup>. De telefoonmaatschappij France Télécom had een dienst (genaamd 'Pastel') ontwikkeld waarbij abonnees van om het even welke locatie in Frankrijk of het buitenland een telefoonoproep konden plaatsen waarvan de kosten rechtstreeks werden betaald via de rekening van de abonnee van de dienst. De gebruikers beschikten over een geheime code die hen toegang verleende tot de dienst. Een clause in de algemene contractvoorwaarden van de telefoonmaatschappij verplichtte de consument tot geheimhouding van de code. De toegang tot de dienst voor een binnenlandse oproep vereiste echter dat de geheime code werd doorgegeven aan een aangestelde van de telefoonmaatschappij. Deze regeling werd aangevochten wegens een vermeende kennelijke onevenwichtigheid (op basis van art. L. 132-1 van de Franse Code de la consommation). Volgens de eiser in cassatie was sprake van een conflict tussen enerzijds de geheimhoudingsplicht en anderzijds de verplichting om de code door te geven aan de (aangestelden van de) operator die werd betrokken bij de communicatie. De consument kon ogenschijnlijk niet de ene verplichting naleven zonder de andere te schenden en bovendien stelde de consument zich bloot aan misbruik van de code door de aangestelde van de telecomoperator. Het Hof oordeelde echter dat de geheimhoudingsplicht in hoofdte van de consument niet onevenwichtig was. De clause die stelde dat de geheime code vertrouwelijk was, werd integendeel beschouwd als een noodzakelijke verplichting ter vrijwaring van de belangen van de abonnees. Bovendien werd niet afgeweken van de gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsregels<sup>628</sup>. France Télécom had zich namelijk niet geëxonereerd voor het misbruik dat haar aangestelden eventueel zouden maken van de geheime code.

Ook uit de toepassing van de gemeenrechtelijke interpretatieregels blijkt dat geen enkele sprake hoeft te zijn van een onverzoenbare tegenstrijdigheid tussen de afspraken over de geheimhouding en die over de mededelingsplicht. Men moet de overeenkomst namelijk uitleggen in het licht van de reële gemeenschappelijke bedoeling van de partijen (art. 1156 BW). Bewoordingen die voor tweeërlei zin vatbaar zijn, moeten eerder worden opgevat in de zin waarin zij enig gevolg kunnen hebben (art. 1158 BW). Ten slotte moeten de bedingen van een overeenkomst samen worden uitgelegd en worden opgevat in de zin die uit de hele overeenkomst voortvloeit (art. 1161 BW). *In casu* was de wil van de partijen duidelijk gericht op enerzijds het tot stand brengen van een algemene geheimhoudingsplicht ten aanzien van de code en anderzijds op het aanbrengen van een uitzondering op die verplichting in de vorm van een verplichting om de code mee te delen aan de telecomoperator zelf met het oog op het leveren van de communicatiedienst, hetgeen een toegelaten verspreiding is gelet op de doelstellingen van de overeenkomst. Een interpretatie in het voordeel van de consument conform artikel 40, §2 WMPC (oud art. 31, §4 WHPC) leidt *a fortiori* tot dit resultaat.

---

<sup>627</sup> Cass. 1° civ. (fr.) 13 november 1996, *Bull.* 1996, I, 279, nr. 399 en *Petites Affiches* 1997, 17, noot J. HUET.

<sup>628</sup> Er zou wel een afwijking van het gemene recht zijn op basis van de volgende clause indien zij zo wordt opgevat dat de consument zelfs verantwoordelijk is voor het gedrag van een aangestelde van de verkoper: "You agree that you are entirely responsible for the security of your password. You are liable for any and all activities which occur using your password whether or not you have undertaken these activities". De verkoper mag zich namelijk niet exonereren voor zijn opzet of grove schuld of voor die van zijn aangestelden of lasthebbers (art. 74, 13° WMPC; oud art. 32, 11. WHPC).

Daarnaast bevat de WMPC een bijzondere lijst met bedingen die steeds als onrechtmatig worden aangemerkt (art. 74 WMPC; oud art. 32 WHPC), ongeacht de impact van het beding op de relatie tussen de consument en de verkoper. Deze lijst verhindert onder meer dat de verkoper zich exonereert van aansprakelijkheid voor zijn eigen opzet of grove schuld of voor die van zijn aangestelden of lasthebbers of voor de aansprakelijkheid wegens de niet-uitvoering van een verbintenis die een van de voornaamste prestaties van de overeenkomst vormt (art. 74, 13° WMPC; oud art. 32, 11. WHPC). Wanneer de overeenkomst een geheimhoudingsplicht in hoofde van de consument voorziet, mag de verkoper bovendien geen eenzijdig schadebeding opnemen in de overeenkomst. De overeenkomst moet dan ook voorzien in een gelijkwaardige vergoeding voor het geval dat de verkoper in gebreke blijft. (art. 74, 17° WMPC; oud art. 32, 15. WHPC). Ten slotte kunnen de bewijsmiddelen waarover de consument beschikt niet “op ongeoorloofde wijze” worden beperkt en mag hem geen bewijslast worden opgelegd die normaliter op een andere contractspartij rust (art. 74, 21° WMPC; cf. oud art. 32, 18. WHPC). Dit levert een mogelijke hindernis op voor het sluiten van bewijsovereenkomsten met consumenten. Geheimhoudingsovereenkomsten zijn te beschouwen als bewijsovereenkomsten in de mate dat zij ook de bekendmaking en het gebruik van informatie voor bewijbsdoeleinden viseren<sup>629</sup>.

### 3.3 Potentiële nemer van het recht bij de voorbereiding van een commerciële samenwerkingsovereenkomst

**160. Definitie van de notie commerciële samenwerkingsovereenkomst.** De Wet Precontractuele Informatie beperkt de contractsvrijheid van partijen die zich in de voorbereidende fase bevinden van een commerciële samenwerkingsovereenkomst<sup>630</sup>. Commerciële samenwerkingsovereenkomsten worden gedefinieerd als overeenkomsten gesloten tussen twee personen die elk in eigen naam en voor eigen rekening werken en waarbij de ene persoon het recht verleent aan de andere, die daarvoor rechtstreeks of onrechtstreeks een vergoeding van om het even welke aard betaalt, om bij de verkoop van producten of de verstrekking van diensten een commerciële formule te gebruiken die bestaat uit een gemeenschappelijk uithangbord, een gemeenschappelijke handelsnaam, een overdracht van *knowhow* en/of een commerciële of technische bijstand (art. 1 Wet Precontractuele Informatie).

Artikel 3 van de wet verplicht de partij die het recht verleent een ontwerpovereenkomst en een afzonderlijk document met allerlei verplichte mededelingen te overhandigen aan de belangstellende. De beperking van de contractsvrijheid schuilt in het feit dat de onderhandelaars geen enkele verbintenis mogen aangaan en dat aan hen geen enkele betaling of vergoeding mag worden

<sup>629</sup> Zie bv. voor bemiddeling: H. MONTRÉE en A. OOSTERMAN, *Mediation en vertrouwelijkheid*, den Haag, Sdu uitgevers, 2009, 84-86.

<sup>630</sup> Wet van 19 december 2005 betreffende de precontractuele informatie bij commerciële samenwerkingsakkoorden, BS 18 januari 2006 (Wet Precontractuele Informatie). Zie voor een omvattende analyse van deze wet S. CLAEYS, “Precontractuele informatie bij commerciële samenwerkingsovereenkomsten. Wet van 19 december 2005”, *NJW* 2006, 290-306.

gevraagd vóórleer een termijn van één maand na de afgifte van dit document is verstreken (art. 3, tweede lid Wet Precontractuele informatie). Na afloop van die termijn valt die beperking weg, ook al is de commerciële samenwerkingsovereenkomst nog niet definitief tot stand gekomen

De bewoordingen van de wet nopen tot twee vaststellingen. Ten eerste valt eruit af te leiden dat de bescherming niet uitsluitend geldt *tijdens* de termijn van één maand. Zij moet ook al van kracht zijn *voordat* de voorziene termijn van één maand begint te lopen<sup>631</sup>. Zoniet zou de bedenktijd kunnen worden omzeild door het maken van allerlei afspraken in de periode die vooraf gaat aan de formele overhandiging van de precontractuele documenten. Het verbod van artikel 3 viseert wel alleen de verbintenissen en de (verzoeken tot) betaling die betrekking hebben op de samenwerkingsovereenkomst of de voorbereiding van de sluiting daarvan. Er is geen aanleiding om dit verbod uit te breiden naar aangelegenheden die daar volledig los van staan.

Ten tweede maken de gekozen bewoordingen geen onderscheid op het vlak van de personen die het verbod moeten respecteren. Deze verbijzondering van het beschermingsmechanisme gebeurt pas in artikel 5, dat de sanctie van een inbreuk op artikel 3 bevat. Artikel 5 stipuleert dat de niet-naleving van artikel 3 leidt tot het recht om de nietigheid van de overeenkomst in te roepen binnen een periode van twee jaar na het sluiten van de overeenkomst. Dit recht wordt uitsluitend toegekend aan de *persoon die het recht verkrijgt*. De verstrekker van het recht kan alleen maar actiemogelijkheden putten uit het gemene recht. Hij zal, indien hij de nietigheid van de overeenkomst wenst te verkrijgen, bijvoorbeeld moeten aantonen dat hij te kampen kreeg met dwang bij de contractsluiting.

Deze vaststellingen zijn te verklaren op basis van de *ratio legis* van de bescherming. Het was namelijk de bedoeling van de wetgever om te verhinderen dat de nemer van het recht, die werd vermoed steeds de zwakkere partij te zijn bij de onderhandeling<sup>632</sup>, door allerlei manoeuvres onder druk werd gezet om de overeenkomst te sluiten zonder eerst advies te kunnen inwinnen of zonder het aanbod eerst grondig te kunnen bestuderen.

**161. Wettelijke bescherming van precontractuele informatie-uitwisseling.** De potentiële nemer van het recht mag geen enkele verbintenis aangaan in de beschermingsperiode. Ook vóór de afloop van de beschermingstermijn kan het nochtans noodzakelijk blijken om vertrouwelijke informatie mee te delen aan de toekomstige medecontractant. De betrokkenen moeten over de nodige gegevens beschikken om de wenselijkheid van de contractsluiting in te schatten. Een potentiële franchisegever kan bijvoorbeeld worden genooddaakt om de waarde van zijn franchise te illustreren door een tip van de sluier op te lichten met betrekking tot de

---

<sup>631</sup> Zie weliswaar: Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer 2004-05, 1687/1, 7 (“Gedurende deze ‘bedenktijd’ mag er geen enkele verbintenis worden aangegaan”).

<sup>632</sup> Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer 2004-05, 1687/1, 7 en 9; Verslag, *Parl. St.* Kamer 2004-05, 1687/5, 6; Verslag, *Parl. St.* Senaat 2005-06, 3-1292/4, 8-9.

*knowhow* en de bijstand die hij in het vooruitzicht stelt na de definitieve contractsluiting. Zonder de garantie op een vertrouwelijke behandeling, zal de bereidheid om gevoelige gegevens mee te delen erg beperkt blijven. De wetgever komt hieraan tegemoet door de oplegging van een wettelijke geheimhoudingsplicht<sup>633</sup>. Deze geheimhoudingsplicht is niet beperkt in de tijd en omvat tevens het gebruik van de gegevens voor andere doeleinden dan de uitvoering of voorbereiding van de commerciële samenwerkingsovereenkomst. Niet alleen de verspreiding, maar ook het gebruik voor andere dan de toegestane doeleinden is verboden zolang het geheime karakter bewaard blijft.

**162. Remediëring van inbreuken op de wettelijke geheimhoudingsplicht.** Tijdens de parlementaire voorbereiding van de Wet Precontractuele Informatie werd opgemerkt dat inbreuken op de wettelijke geheimhoudingsplicht moeten worden geredieerd op basis van het burgerlijke recht<sup>634</sup>. Net zoals bij de arbeidsovereenkomst rijst de vraag in welke mate de betrokkenen hun geheimhoudingsplicht onderling kunnen uitwerken. De oorspronkelijke versie van het wetsvoorstel voorzag daartoe de nodige ruimte. Afspraken over de wettelijke geheimhoudingsplicht waren namelijk uitdrukkelijk uitgezonderd van het principiële verbod om verbintenissen aan te gaan of om de betaling van enige geldsom op te leggen<sup>635</sup>. Deze uitzondering werd naderhand echter geschrapt op basis van de opmerking dat de bewoordingen van artikel 6 conflicteerden met die van artikel 3<sup>636</sup>. Die opmerking was terecht omdat de verbijzondering van artikel 3 tweede lid (“onverminderd de bepalingen van artikel 6”) strikt genomen géén wettelijke grondslag opleverde voor een contractuele uitwerking van de geheimhoudingsplicht. De in artikel 6 voorziene geheimhoudingsplicht had immers zelf een wettelijk karakter. De mogelijkheid tot ‘contractualisering’ van de wettelijke geheimhoudingsplicht zou zowel een afwijking hebben vereist van artikel 3 als van artikel 8 (dat de wettelijke bepalingen van toepassing verklaart ongeacht de aanwezigheid van strijdige clausules). Het dwingende karakter van artikel 6 heeft als voordeel dat de partijen niet op voorhand afstand kunnen doen van de geheimhoudingsplicht. Dit voorkomt dat sterke onderhandelingspartners hun medeonderhandelaar noodzaken om afstand te doen van elk recht op geheimhouding vooraleer dit recht is tot stand gekomen of op een moment dat de medeonderhandelaar de wenselijkheid van verdere onderhandelingen of van de contractsluiting nog niet heeft kunnen inschatten.

---

<sup>633</sup> Art. 6 Wet Precontractuele Informatie: “De personen zijn gehouden tot de geheimhouding met betrekking tot de inlichtingen die zij verkrijgen met het oog op het sluiten van een commerciële samenwerkingsovereenkomst en mogen deze inlichtingen slechts rechtstreeks of onrechtstreeks gebruiken binnen de te sluiten commerciële samenwerkingsovereenkomst”.

<sup>634</sup> Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer 2004-05, 1687/1, 9.

<sup>635</sup> Zie Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer 2004-05, 1687/1, 7.

<sup>636</sup> Advies van de Raad van State, *Parl. St.* Kamer 2004-05, 1687/1, 18 (“Zoals artikel 6 van het ontwerp is geredigeerd, volgt de plicht tot geheimhouding rechtstreeks uit de wet en kunnen partijen daaromtrent geen contractuele regeling tot stand brengen. Uit de redactie van artikel 3, tweede lid [nl. “Onverminderd de bepalingen van artikel 6”], en uit de in de memorie van toelichting bij artikel 6 gegeven commentaar, blijkt evenwel het tegendeel. Artikel 6 dient, rekening houdende hiermee, anders te worden geredigeerd”).



In het Anglo-Amerikaanse economische verkeer verplichten bedrijven bijvoorbeeld vaak zwakkere partijen die een idee wensen te ‘pitchen’ om een zgn. *release form* te ondertekenen voordat enig gesprek wordt aangevat. Dit resulteert in de voorafgaande afstand van elke aanspraak op vertrouwelijkheid of intellectuele eigendom in hoofde van de zwakkere partij<sup>637</sup>.

Tijdens de besprekingen in de Senaat werd nog opgemerkt dat het wenselijk was om de geheimhoudingsplicht uit te zonderen van artikel 3, maar daar werd geen gevolg meer aan gegeven<sup>638</sup>. Dit neemt niet weg dat de betrokkenen beschikken over een beperkte marge tot uitwerking van de geheimhoudingsplicht. Artikel 3 verbiedt immers alleen het overeenkomen van verbintenissen en het vragen of betalen van om het even welke som. Rechtshandelingen die niet te kwalificeren zijn als verbintenissen of die niet resulteren in de betaling of verzoek tot betaling van een geldsom blijven toegelaten.

**163. Concretisering van de wettelijke geheimhoudingsplicht: verbijzondering van het voorwerp van de geheimhoudingsplicht.** Een verbijzondering van het voorwerp van de geheimhoudingsplicht leidt noch tot een conflict met het verbod op het creëren van verbintenissen van artikel 3, noch met het verbod op andersluidende contractuele bepalingen dat vervat is in artikel 8 van de wet. De partijen kunnen vrijwillig (en daardoor best vóór de mededeling van de informatie) op schrift stellen welke vertrouwelijke gegevens worden uitgewisseld.

De geheimhoudingsplicht is slechts van toepassing op *vertrouwelijke informatie*<sup>639</sup>. Het vertrouwelijke karakter van informatie bestaat zowel uit een *objectieve component*, informatie die niet tot het openbare domein behoort, als een *subjectieve component*, de wil tot geheimhouding. De bescherming van artikel 6 strekt zich daardoor niet uit tot gegevens die niet *objectief* geheim zijn op het moment dat zij werden verstrekt. De bescherming geldt evenmin indien de meester van het geheim geen geheimhouding (meer) wenst *nadat de informatie werd verstrekt*. De Wet Precontractuele Informatie is (slechts) van dwingend recht<sup>640</sup>. De meester van het geheim is dan ook niet verplicht om vast te houden aan een absoluut of alomvattend geheimhoudingsregime eens de bescherming tot stand is gekomen. Het staat hem in het licht van de *subjectieve component* vrij om de inhoud en de draagwijdte van de geheimhoudingsplicht te versoepelen of desgevallend volledig op te heffen.

---

<sup>637</sup> Onder meer: US District Court Connecticut 10 januari 2006, *Victor G Reiling Associates and Design Innovation, inc. v. Fisher-Price, inc.*, 409 F.Supp.2d 112; US Court of Appeals (First Circuit) 30 mei 1985, *Burten v. Milton Bradley Company*, 226 USPQ 605; US District Court Illinois (Eastern Division), 29 juni 1971, 335 F.Supp. 749; A. MILLER, “Common law protection for products of the mind: an idea whose time has come”, *Harv.L.Rev.* 2006, (705) 709 (119 Harv. L. Rev. 703); J. RUBIN, “Television formats: caught in the abyss of the idea/expression dichotomy”, *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J.* 2006, (661), 680 (16 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 661); A. COLEMAN, *The Legal Protection of Trade Secrets*, Londen, Sweet & Maxwell, 1992, 36; R. MILGRIM, *Milgrim on Trade Secrets*, Matthew Bender, 2006 §3.03.

<sup>638</sup> Verslag, *Parl. St.* Senaat 2005-06, 3-1292/4, 6.

<sup>639</sup> Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer 2004-05, 1687/1, 9 (“In de voorbereiding tot de afsluiting van een commerciële samenwerkingsovereenkomst, wordt gevoelige of vertrouwelijke informatie uitgewisseld. Het is evident dat deze informatie vertrouwelijk moet blijven”).

<sup>640</sup> Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer 2004-05, 1687/1, 10.

Men kan hieruit besluiten dat wat vertrouwelijk is (objectieve component), inderdaad vertrouwelijk moet blijven, maar dan wel slechts binnen de krijtlijnen die de informatieverstrekker uittekent (subjectieve component). Dit komt niet in conflict met het verbod van artikel 3 aangezien de beschermde partij geen bijkomende verbintenissen op zich moet nemen.

**164. Concretisering van de wettelijke geheimhoudingsplicht: (vraag tot) betaling van geldbedragen.** Afspraken die betrekking hebben op monetaire compensaties zijn onverenigbaar met artikel 3. De (vraag tot) betaling van een waarborg of het bieden van een bankgarantie, bv. om de naleving van de geheimhoudingsplicht kracht bij te zetten, is zonder meer verboden vóór het verstrijken van de beschermingsperiode. In een strikte lezing ressorteert zelfs de (vraag om) schadevergoeding wegens miskenning van de geheimhoudingsplicht op basis van de gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsregels onder het verbod van artikel 3 (“er mag geen enkele vergoeding, bedrag of waarborg worden gevraagd of betaald”). De *ratio legis* van artikel 3 is echter minder verregaand en blijft beperkt tot het verhinderen dat de zwakkere partij wordt genoodzaakt om allerlei financiële of andere verbintenissen aan te gaan op een moment dat zij nog niet de kans kreeg om het voorstel grondig te onderzoeken. Dit oogmerk heeft niets van doen met de (vraag tot) betaling van een schadevergoeding voor de miskenning van de geheimhoudingsplicht.

Hoe men artikel 3 ook interpreteert, de informatieverstrekker hoeft zich geen zorgen meer te maken over het verbod indien zijn eigen contractsbereidheid is weggeëbd. De *enige sanctie* waarin de wetgever voorziet is immers de *nietigheid* van de gesloten overeenkomst ten voordele van de nemer van het recht indien deze wordt gevorderd binnen de twee jaar na de contractsluiting (art. 5 Wet Precontractuele Informatie), terwijl die overeenkomst per hypothese *toch nooit tot stand zal komen*.

**165. Concretisering van de wettelijke geheimhoudingsplicht: forfaitaire raming van de schade van een inbreuk op de geheimhoudingsplicht.** Schadebedingen zijn een nuttig instrument voor de remediëring van een inbreuk op een geheimhoudingsplicht. Het bestaan en de omvang van de schade zijn namelijk erg moeilijk aan te tonen. Het beroep op schadebedingen kampt in de context van de commerciële samenwerkingsovereenkomst echter met twee potentiële problemen.

Een eerste probleem heeft betrekking op de aard van de aansprakelijkheid. De wetgever koppelde geen specifieke sanctie aan de miskenning van artikel 6. De parlementaire voorbereidingen beperken zich tot een verwijzing naar de principes van het gemene recht inzake de aansprakelijkheid<sup>641</sup>. Die verwijzing kan alleen maar doelen op de principes van de buitencontractuele aansprakelijkheid. De

---

<sup>641</sup> Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer 2004-05, 1687/1, 9. Voor de schending van het *legal privilege* inzake de bemiddeling toonde de wetgever zich minder terughoudend. Daar wordt voorzien dat de rechter uitspraak doet over de toekenning van een eventuele schadevergoeding (art. 1728, §1, tweede lid Ger.W.).

geheimhoudingsplicht ontstaat immers tijdens de precontractuele fase en dit ongeacht het sluiten van enige overeenkomst.

Dit leidt tot de vraag of de onderhandelaars van de samenwerkingsovereenkomst een schadebeding kunnen overeenkomen voor schade die voortvloeit uit de miskenning van de wettelijke geheimhoudingsplicht. Het Burgerlijk Wetboek regelt uitsluitend de schadebedingen die betrekking hebben op de schade voortvloeiend uit de niet-uitvoering van overeenkomsten (art. 1226 BW). Vraag is dan ook of de betrokkenen een schadebeding kunnen overeenkomen voor schade die voortvloeit uit hun volstrekt buitencontractuele relatie. De regels van de buitencontractuele aansprakelijkheid zijn naar Belgisch recht, in tegenstelling tot het Franse recht, niet van openbare orde (*cf. supra* randnr. 18). Men kan daarbij de parallel trekken met de aansprakelijkheidsbeperkende overeenkomsten voor buitencontractuele fout. Een dergelijke exoneration is volstrekt geldig naar Belgisch recht in de mate dat zij het foutbegrip niet uitholt<sup>642</sup>. Bedingen die zich beperken tot een voorafgaande raming van buitencontractuele schade tasten de openbare orde evenmin aan. Integendeel, zij dragen bij tot de preventieve en remediërende functie die wordt vervuld door de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels<sup>643</sup>. De buitencontractuele aard van de aansprakelijkheid die voortvloeit uit een miskenning van artikel 6 Wet Precontractuele Informatie levert dan ook geen obstakel op voor de werking van een schadebeding<sup>644</sup>.

Een tweede probleem heeft betrekking op de aard van het schadebeding. Indien dit beding te kwalificeren is als een verbintenis, dan zou het sluiten van een schadebeding in de beschermde periode leiden tot de vernietigbaarheid van de latere commerciële samenwerkingsovereenkomst. De verbintenis is een rechtsband tussen twee of meer personen die ontstaat krachtens de wet ten gevolge van een één- of meezijdige rechtshandeling, of een andere menselijke gedraging, op grond waarvan men, desgevallend over en weer, juridisch afdwingbare aanspraken om iets te geven, te doen of niet te doen kan laten gelden ten aanzien van de andere persoon. Deze notie is te onderscheiden van de bindende afspraken of rechtsregels die de rechtsverhouding tussen de partijen omkaderen. Zij zijn contractuele normen waaruit desgevallend specifieke verbintenissen kunnen ontstaan<sup>645</sup>. Het schadebeding kan worden beschouwd als een dergelijke contractuele norm die de bestaande

---

<sup>642</sup> Cass. 15 februari 1993, *Arr. Cass.* 1993, 185; Cass. 4 januari 1993, *Arr. Cass.* 1993, 1; Cass. 29 mei 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, 1258; Cass. 10 februari 1981, *Arr. Cass.* 1980-81, 643; Cass. 29 september 1972, *Arr. Cass.* 1973, 121.

<sup>643</sup> Naar Belgisch recht kan het schadebeding overigens geen andere doelstelling hebben dan een uitwerking van de gemeenrechtelijke schadevergoedingsplicht. Volgens de huidige Belgische opvattingen mag het schadebeding geen bestraffende werking hebben (Verslag, *Parl. St.* Kamer 1997-98, 1373/4, 7-10; Cass. 17 april 1970, *Arr. Cass.* 1970, 754; Luik 19 maart 1993, *JLMB* 1994, 369; D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale in Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 1992, 300; kritisch: H. SCHELHAAS, "Opzegbeding versus strafbeding", *TBBR* 2005, (102) 106-109). Het schadebeding kan alleen maar de redelijkerwijze te voorziene omvang bepalen van de gemeenrechtelijke verplichting tot schadevergoeding.

<sup>644</sup> Zie voor een uitgebreide analyse naar Frans recht: D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale in Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 1992, 272-285.

<sup>645</sup> Zie daarover P. ANCEL, "Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat", *RTD Civ.* 1999, 771.

schadevergoedingsplicht van artikel 1146 BW (of eventueel van 1382 BW – *cf. supra* randnr. 18) moduleert en die de regels vaststelt aan de hand waarvan de rechter de verplichting tot schadevergoeding zal invullen. Dit resulteert in een contractuele afspraak die obligatoir is zonder als dusdanig een verbintenis te zijn<sup>646</sup>.

Ook hier kan worden gesteld dat de *ratio legis* van de wet niet vereist dat schadebedingen inzake de geheimhoudingsplicht verboden zouden zijn. Dergelijke bedingen zijn een aansporing voor de goede uitvoering van de wettelijke geheimhoudingsplicht. Zij oefenen geen druk uit om de uiteindelijke samenwerkingsovereenkomst overhaast of onvrijwillig aan te gaan: ofwel wordt de wettelijke geheimhoudingsplicht gerespecteerd en blijft het beding zonder uitwerking, ofwel wordt de wettelijke geheimhoudingsplicht geschonden en leidt die schending tot een recht op schadevergoeding onafhankelijk van de uiteindelijke contractsluiting. Het schadebeding leidt niet tot *sunk costs* indien de overeenkomst niet tot stand komt, in tegenstelling tot de verplichting om bijvoorbeeld reeds een huurovereenkomst af te sluiten met het oog op de samenwerkingsovereenkomst, om allerlei kosten- en opleidingsvergoedingen te betalen of om waarborgen te storten die de fondsen van de onderhandelaar tijdelijk blokkeren en die dure kredieten kunnen vereisen. De dreiging van een vordering tot schadevergoeding kan weliswaar worden aangewend als drukingsmiddel voor de uiteindelijke contractsluiting. Dit gevaar is echter inherent aan het feit dat de betrokkenen zich in een bepaalde rechtsverhouding bevinden door het opstarten van de onderhandelingen en de daaraan gekoppelde onderworpenheid aan een geheimhoudingsplicht en niet aan het schadebeding als dusdanig. De precieze grondslag van de schadevergoedingsplicht is daarbij irrelevant: er kan evenzeer druk worden uitgeoefend met de dreiging van een gemeenrechtelijke vordering.

### 3.4 Omschrijving van de partijen bij de geheimhoudingsplicht

#### **166. Wie onderschrijft bij voorkeur de geheimhoudingsplicht?**

Geheimhoudingsovereenkomsten tellen in hun meest eenvoudige configuratie slechts twee contractspartijen: een informatieverstrekker en een informatieverkrijger. In de praktijk ontstaan echter veel ingewikkeldere situaties wanneer de nood bestaat om meerdere verstrekkers of ontvangers als partij te betrekken bij de overeenkomst<sup>647</sup>. Dit is bijvoorbeeld het geval voor wijd vertakte groepen van vennootschappen. Het risico bestaat dat enkele leden van de groep over het hoofd worden gezien bij een letterlijke (limitatieve) opsomming in de overeenkomst. Bovendien kunnen naderhand tot de groep toetredende vennootschappen op deze manier nog geen deel uitmaken van de overeenkomst. Dit risico wordt geneutraliseerd door de moedervernootschap van de groep de overeenkomst (mede) laten te ondertekenen voor rekening van al haar dochtervennootschappen (dit impliceert wel dat de moedervernootschap hiertoe een aantoonbaar belang heeft<sup>648</sup>). Een abstracte definitie kan de onduidelijkheid over

<sup>646</sup> Zie in die zin: F. COLLART DUTILLEUL, “Quelle place pour le contrat dans l’ordonnancement juridique?” in *La nouvelle crise du contrat*, Parijs, Dalloz, 2003, (225) 231.

<sup>647</sup> Zie tevens M. ANDERSON en S. KEEVEY-KOTHARI, *Drafting confidentiality agreements*, 55-57; P. KURZ, 11-24; P. MARCHANDISE, “Qui doit signer l’accord de confidentialité”, *RDAI* 2002, 741-748.

<sup>648</sup> *Cf.* over de problematiek van het belang m.b.t. rechtshandelingen van vennootschappen die deel uitmaken van groepen: K. BYTTEBIER en A. FRANÇOIS, “Zo moeder, zo dochter? Over de autonomie

welke ondernemingen precies deel uitmaken van de groep uitklaren. De moedervennootschap kan de overeenkomst echter niet eenzijdig en zonder enige rechtsgrond op bindende wijze ondertekenen voor rekening van haar dochters. De moeder van de groep maakt via deze techniek gebruik van een lastgeving in de zin van art. 1984 e.v. BW. Deze techniek is af te raden voor ingewikkelde groepen van vennootschappen omdat zij een daadwerkelijke vertegenwoordigingsbevoegdheid vereist in hoofde van de ondertekenende vertegenwoordiger. Deze bevoegdheid moet nog steeds individueel worden verkregen van elke toetredende dochtermaatschappij. De medecontractant kan zich in geval van betwisting over het statuut als partij van één van de dochtervennootschappen weliswaar beroepen op de leer van het schijnmandaat, maar de uitkomst van deze rechtsfiguur blijft steeds onzeker. Bovendien loopt een niet-bevoegde moedervennootschap aansprakelijkheid op in haar relatie met de dochtervennootschap (er kan overigens ook twijfel rijzen over de vertegenwoordigingsbevoegdheid van een dochtervennootschap ten aanzien van de moedervennootschap of van de volledige groep). Het is wel zo dat de overschrijding van de vertegenwoordigingsbevoegdheid vatbaar is voor stilzwijgende bevestiging (art. 1998 BW). De dochtervennootschap zal daardoor naargelang haar gedragingen en het gebrek aan protest alsnog gebonden zijn door de geheimhoudingsovereenkomst. Dit is echter geen ideale situatie voor de medecontractant aangezien de dochtervennootschap niet gebonden is aan de overeenkomst totdat zij gedragingen in die zin stelt of desgevallend totdat haar stilzwijgen als aanvaarding moet worden uitgelegd. Het is bij een groot aantal contractspartijen bovendien moeilijker om te bewijzen welke contractspartij verantwoordelijk is voor een eventuele inbreuk op de geheimhoudingsplicht. Het is dan ook eenvoudiger om alleen de moedervennootschap partij te laten worden bij de geheimhoudingsovereenkomst en vervolgens te voorzien in een regeling voor toegestane verspreiding (en dus een recht tot uitbesteding – *supra* randnr. 136) gecombineerd met een garantieplicht in hoofde van de moedervennootschap voor het gedrag van de dochtervennootschappen. De dochtervennootschappen zijn dan niet rechtstreeks tot geheimhouding verplicht aan de informatieverstrekker, maar de moedervennootschap moet er wel voor zorgen dat zij gepaste maatregelen treft opdat de dochtervennootschappen deze geheimhoudingsplicht zouden respecteren (bv. door onderling een geheimhoudingsovereenkomst aan te gaan).

De opstellers van overeenkomsten dienen zorg te dragen voor de coherentie van de globale contractuele relatie. Het kan bijvoorbeeld gebeuren dat alleen de moedervennootschap (i.c. holdingmaatschappij) partij is bij een licentieovereenkomst en dat de licentievergoeding wordt berekend op basis van de gerealiseerde productie<sup>649</sup>. De moedervennootschap realiseert echter zelf geen enkele productie indien zij deze activiteiten uitbesteedt aan haar dochtermaatschappijen. Het risico op de interpretatie waarbij alleen de (onbestaande) productie van de moeder in

---

(of eerder het gebrek daaraan?) van een Belgische dochtervennootschap in een (buitenlandse) groep van vennootschappen” in *Van alle markten: liber amicorum Eddy Wymeersch*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 121-147, in het bijzonder 134 *et seq.*

<sup>649</sup> Zie in die zin Y. DARGIER DE SAINT VAULRY, 183. Zie voor de verschillende mogelijkheden om de licentievergoeding te bepalen: A. KORTUNAY, *Patentlizenz- und Know-How-Verträge im deutschen und europäischen Kartellrecht*, Inaugural-Dissertation Universität Köln, 2003, 37-42.

aanmerking zou komen voor vergoeding lijkt echter beperkt tot onbestaande. Het ligt voor de hand dat, indien deze moeder expliciet of impliciet het recht heeft om de informatie door te geven, ook de berekeningsbasis van de licentievergoeding wordt uitgebreid met de productie van de toegestane secundaire informatieverkrijgers. De precieze interne verdeling van de productie zal immers niet doorslaggevend zijn voor de meester van het geheim, maar wel het feit van de -aan zijn informatieverstreking toe te rekenen- productie als dusdanig.

**167. Sterkmaking als instrument voor het tot stand brengen en correct laten uitvoeren van geheimhoudingsplichten in hoofde van derden-secundaire informatieontvangers?** De sterkmaking is een rechtsfiguur waarbij een persoon ervoor instaat dat een derde iets zal doen<sup>650</sup> (art. 1120 BW). Dit is (in beginsel) een resultaatsverbintenis voor de sterkmaker<sup>651</sup>. De sterkmaking bestaat klassiek uit de belofte dat een derde een bepaalde overeenkomst of contractuele verplichting zal sluiten of bekrachtigen (*porte-fort de ratification* of *de conclusion*). De aanvaarding door de derde bevrijdt de sterkmaker van zijn belofte. Deze laatste maakt zich (behoudens andersluidende overeenkomst) *slechts* sterk voor de *aanvaarding* van het beloofde door de derde. Hij staat in deze hypothese dus *niet* garant voor de *correcte uitvoering* van een door de derde bekrachtigde belofte<sup>652</sup>. Hij kan zich daar desgevallend wel toe verbinden (*porte-fort d'exécution* of *de garantie*) gelet op de ruime bewoordingen van artikel 1120 BW<sup>653</sup>. Een sterkmaking is wegens de principiële relativiteit van de overeenkomst (art. 1165 BW) *niet rechtstreeks bindend voor een derde* tenzij die daarmee instemt<sup>654</sup>. De sterkmaker is bovendien, luidens artikel 1120 BW, (alleen) schadevergoeding verschuldigd indien de derde niet goedkeurt<sup>655</sup>. Hij hoeft de voor de derde bedoelde verplichting bijgevolg *niet zelf uit te voeren*<sup>656</sup> behoudens andersluidende overeenkomst waarbij hij zich ook persoonlijk verbindt.

<sup>650</sup> Zie uitgebreid over deze rechtsfiguur: I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 442, nr. 675 *et seq.*; B. TILLEMANS, "Volmacht en sterkmaking bij oprichting van vennootschappen", *Not. Fisc. M.* 2004, 99-129 en de verwijzingen aldaar.

<sup>651</sup> Cf. Brussel 24 maart 2006, *Res Jur. Imm.* 2006, 193; S. STIJNS, "Contractanten en derden: derde-medeplichtigheid en actio pauliana, sterkmaking en schijnvertegenwoordiging, derdenbegunstiging" in *Themis. Vormingsonderdeel 41*, Brugge, die Keure, 2007, (25) 42.

<sup>652</sup> Gent 10 maart 2008, *DAOR* 2008, 221, noot F. PARREIN ("Ingevolge deze bekrachtiging kan Pierre De B., zelfs indien hem de hoedanigheid van sterkmaker in de zin van art. 1120 B.W. zou kunnen worden aangemeten, niet langer gehouden zijn tot betaling"); Gent 14 november 1930, *Pas.* 1930, II, 52; Rb. Gent 1 juni 1965, *RW* 1965-66, 1212; Vred. Etterbeek 29 december 1987, *T. Vred.* 1988, 120. M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, VI, Parijs, LGDJ, 1952, 55.

<sup>653</sup> Zie naar Frans recht o.m. M. STORCK, "Fasc. Unique: contrats et obligations – Promesse de porte-fort", *Jurisl. Civil Code Art. 1120*, 11 mei 2010, nrs. 3 en 44 *et seq.*; D. ARLIE, "Pour une juste conception du porte-fort d'exécution" (noot onder Cass. (fr.) com. 13 december 2005), *D* 2006, 2244.

<sup>654</sup> Brussel 14 februari 1964, *Rev. prat. soc.* 1966, 80, noot; C. AUBERT DE VINCELLES, "Porte-fort" in *Rép. civ. Dalloz*, september 2005, 7, nr. 39. *De facto* wordt dit mechanisme doorgaans wel toegepast in situaties waarbij de sterkmaker over hefboomen beschikt om de derde er onrechtstreeks toe aan te zetten de sterkmaking te aanvaarden.

<sup>655</sup> M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, VI, 1952, 54 en 58-59.

<sup>656</sup> Brussel 11 februari 2002, *JDSC* 2003, noot S. GILCART; Vred. Antwerpen 7 november 1984, *RW* 1986-87, 2323. Zie wel Antwerpen 18 april 2006, *FJF* 2007, 181. Bij een sterkmaking tot betaling van een geldsom is het mogelijk dat de vastgestelde schadevergoeding gelijk is aan het beloofde bedrag.

**168. Loutere sterkmaking voor de totstandkoming van een geheimhoudingsplicht is geen volwaardig alternatief voor de onmiddellijke rechtstreekse gebondenheid van een secundaire informatieverkrijger.** Uit het voorgaande valt af te leiden dat een informatieverstrekker niet blindelings kan vertrouwen op de effectiviteit van een sterkmaking voor de totstandbrenging van een geheimhoudingsplicht in hoofde van een derde. Het staat de derde immers vrij om de bekrachtiging van de sterkmaking te weigeren. De schuldeiser van de sterkmaking kan in die hypothese alleen de sterkmaker aanspreken (en dan in beginsel alleen voor schadevergoeding). Het is dan ook af te raden om de vertrouwelijke informatie reeds mee te delen aan deze derde voordat hij de beloofde geheimhoudingsplicht heeft bekrachtigd. Het stipuleren van een klassieke sterkmaking in de overeenkomst tussen de oorspronkelijke informatieverstrekker en -ontvanger is daardoor geen volwaardig alternatief voor de onmiddellijke toetreding van de derde tot de geheimhoudingsafspraken. Slechts bij een onmiddellijke toetreding staat met zekerheid vast dat de beoogde “derde” verplicht is tot geheimhouding. Hij kan dan met zekerheid rechtstreeks door de meester van het geheim worden aangesproken voor de correcte naleving van deze geheimhoudingsplicht.

Bovendien verbindt een sterkmaking de primaire geheimplichtige, behoudens andersluidende afspraak, niet tot het garanderen van de correcte uitvoering van de geheimhoudingsplicht door de derde. Hij kan hiertoe wel onafhankelijk van de sterkmaking gehouden zijn op basis van een andere grondslag, zoals de principiële aansprakelijkheid voor uitvoeringsagenten of een uitdrukkelijke garantieplicht.

**169. Uitdrukkelijke sterkmaking (voor de goede uitvoering) is niet onmisbaar ten aanzien van uitvoeringsagenten.** Het stipuleren van een sterkmaking voor de goede uitvoering van de geheimhoudingsplicht door uitvoeringsagenten is daarnaast niet onmisbaar voor de effectiviteit van de oorspronkelijke geheimhoudingsplicht. Een contractant is immers aansprakelijk voor de handelingen van zijn uitvoeringsagenten in het raam van de uitvoering van de overeenkomst<sup>657</sup> (voor gedrag dat resulteert in een wanprestatie in de relatie tussen opdrachtgever en medecontractant). De aansprakelijkheid van de informatieontvanger naar de informatieverstrekker toe vloeit reeds voort uit deze impliciete garantieverplichting voor uitvoeringsagenten. De primaire geheimplichtige moet er bijgevolg voor zorgen dat hij over effectieve hefbomen beschikt die hem, ook onafhankelijk van een eventuele sterkmaking, toelaten om geheimhouding af te dwingen in de relatie met zijn uitvoeringsagenten en dit ongeacht hun eventuele gebondenheid naar de meester van het geheim toe. Mogelijke hefbomen in deze relatie zijn bijvoorbeeld een uitdrukkelijk geheimhoudingsbeding, een impliciete geheimhoudingsplicht op basis van de artikelen 1134 of 1135 BW of een specifieke wettelijke bepaling zoals de arbeidsrechtelijke discretieplicht van art. 17, 3° Arbeidsovereenkomstenwet.

---

<sup>657</sup> C. PAUWELS, 234, nr. 192 *et seq.* De kring van uitvoeringsagenten kan daarbij zeer ruim zijn wanneer bv. sprake is van contractuele bewakingsplichten (zoals het geval is voor een typische geheimhoudingsovereenkomst) – cf. C. PAUWELS, nr. 125.

Een sterkmaking voor de totstandkoming van een geheimhoudingsplicht (weliswaar zonder verstrekking van de informatie aan de derde vóór zijn bekrachtiging, tenzij de meester van het geheim genoeg wenst te nemen met een eventuele schadevergoeding van de sterkmaker), een sterkmaking voor de goede uitvoering of een uitdrukkelijke garantieverstrekking kunnen wel nuttig zijn indien de derde niet zal optreden als uitvoeringsagent van de medecontractant en deze laatste bijgevolg niet principieel voor hun gedrag zou instaan. Men kan daarbij bijvoorbeeld denken aan zakenpartners van de geheimplichtige die de informatie nuttig zouden kunnen gebruiken voor eigen doeleinden.

**170. Toetredings- en overdrachtsclausules laten de informatieontvanger toe om de beslissing over de contractanten uit te stellen.** De overeenkomst kan clausules bevatten die het mogelijk maken om de beslissing over de precieze identiteit of het precieze aantal van de contractanten uit te stellen tot op het moment dat meer duidelijkheid bestaat over de noodzaak om bepaalde (rechts)personen te betrekken. Deze clausules kunnen worden gekoppeld aan een goedkeuringsvereiste voor de meester van het geheim, zodat deze inspraak krijgt in de identiteit van de toegevoegde contractspartijen.

#### 4. Partijvervanging

4.1 Contractuele overdrachtsmechanismen als gevaar voor het vertrouwelijke karakter van de informatie?

**171. Overdracht van de geheimhoudingsovereenkomst of het geheimhoudingsbeding als dusdanig.** Er werd reeds vastgesteld dat de risico's van een overdracht van een geheimhoudingsovereenkomst of –beding als dusdanig beperkt zijn omdat de eigenlijke overdracht van de contractuele relatie steeds de toestemming van de oorspronkelijke medecontractant vereist. Het *intuitu personae* of *intuitu firmae* karakter is bovendien afdoende om de bestaande contractuele relatie te vrijwaren tegen beperktere vormen van overdracht. Niettemin kunnen de partijen wensen om een uitdrukkelijke regeling te stipuleren die de overdracht verbiedt of koppelt aan bepaalde vereisten. Afspraken over de overdracht van de overeenkomst als dusdanig (*infra* randnr. 175) vormen een eerstelijns verdediging tegen de toegang van onbevoegde derden tot het geheim.

**172. Overdracht van een deel van het vermogen van een geheimplichtige rechtspersoon (“asset deals”).** De overdracht van specifieke vermogensbestanddelen van een (rechts)persoon brengt de bescherming van het geheim op onrechtstreekse wijze in het gedrang. De geheimhoudingsovereenkomst kan weliswaar niet rechtstreeks worden overgedragen, maar dit verbiedt als dusdanig niet de overdracht van de onderdelen van de onderneming die op legitieme wijze kennis hebben van de informatie. Een derde kan daardoor *de facto* kennis nemen van de informatie. De geheimplichtige dient de informatie vóór de overdracht weliswaar te verwijderen uit deze bedrijfstak, maar de kans dat sporen achterblijven die de wedersamenstelling van de informatie vergemakkelijken, is reëel. Bovendien blijft de geheimplichtige instaan



voor de bewaring van het geheim en moet hij ervoor zorgen dat de overnemende partij het geheim evenzeer blijft bewaren. Het enige realistische sanctieneringsmechanisme van deze garantieplicht is echter de schadevergoeding. Een uitvoering in natura van de geheimhoudingsplicht is uitgesloten aangezien de overdracht reeds heeft plaatsgevonden en de meester van het geheim geen rechtstreekse contractuele relatie heeft met de derde-verkrijger. De vraag rijst dan ook hoe de meester van het geheim kan voorkomen dat het vertrouwelijke karakter van zijn informatie in het gedrang komt door de overdracht van specifieke vermogensbestanddelen van zijn medecontractant.

**173. Overdracht van de controle over een geheimplichtige rechtspersoon (“*share deals*”).** Rechtspersonen vormen op juridisch vlak zelfstandige entiteiten die te onderscheiden zijn van hun aandeelhouders. In de economische realiteit is het gedrag van een rechtspersoon echter in hoge mate onderworpen aan de wil van de aandeelhouders. Een wijziging van de machtsverhoudingen binnen de rechtspersoon kan een aanzienlijke weerslag hebben op de veiligheid van de vertrouwelijke informatie die zich onder de hoede van de rechtspersoon bevindt. Ook hier schuilt het gevaar niet in een rechtstreekse overdracht van de geheimhoudingsovereenkomst, maar in het feit dat een derde *de facto* toegang krijgt tot de informatie. Rechtspersonen kunnen namelijk een aantal operaties ondergaan die fundamentele wijzigingen aanbrengen aan de aandeelhouderstructuur die geldt op het moment van de contractsluiting met de informatieverstrekker. Enerzijds kan de rechtspersoon een *herstructurering in de zin van Boek XI van het Wetboek van Vennootschappen* ondergaan (art. 670-773 W.Venn.). Anderzijds kan de rechtspersoon een onrechtstreekse gedaanteverwisseling ondergaan via een wijziging in de controle over de rechtspersoon. Gelet op het doorslaggevende belang dat de informatieverstrekker heeft gehecht aan zijn medecontractant, is het noodzakelijk om na te gaan wat de gevolgen van die operaties zijn voor de geheimhoudingsovereenkomst en hoe de informatieverstrekker zich kan indekken tegen de voor hem nadelige gevolgen.

**174. Contractuele mechanismen ter bescherming van het geheim tegen de controlewijziging.** De informatieverstrekker kan zich op twee manieren beschermen tegen een identiteitswijziging van zijn medecontractant. Hij kan enerzijds trachten om de identiteitswijziging te voorkomen door ze te verbieden of deze te onderwerpen aan zijn goedkeuring of aan een voorkooprecht. Dit is het terrein van de overdrachtsbeperkende afspraken (*infra* randnr. 194). Hij kan zich anderzijds gewoon neerleggen bij de wijziging en zich beperken tot een mechanisme waarbij de overeenkomst wordt beëindigd naar aanleiding van die wijziging. Dit gebeurt in de vorm van een controlewijzigingsclausule (*infra* randnr. 202).

4.2 Clausules die de overdracht van de overeenkomst of specifieke vermogensbestanddelen regelen

**175. Beperkingen op de overdracht van (bestanddelen van) de overeenkomst.** Beide contractanten hebben een belang bij het beperken of uitsluiten van de mogelijkheden tot overdracht waarover de medecontractant beschikt. De veiligheid

van de geheime informatie staat in een rechtstreeks verband met de mate waarin de informatieverstrekker de (uitbreiding van de) kring van geheimhouders onder zijn controle heeft. De informatieverstrekker kan dan beperkingen stipuleren op de mogelijkheid van de informatieverkrijger om (bestanddelen van) de contractuele relatie over te dragen. De informatieontvanger kan evenzeer belang hebben bij het verkrijgen van controle over het gedrag van de informatieverstrekker. De meerwaarde die de informatie hem oplevert, komt immers in het gedrang wanneer de informatieverstrekker de informatie aan meerdere personen verstrekt, zelfs al blijft het geheime karakter van de informatie behouden. Hij kan daarom trachten om exclusiviteitsrechten op de informatie te bedingen. Dit impliceert beperkingen op de bewegingsvrijheid van de informatieverstrekker om kennisname- en gebruiksrechten toe te staan op de informatie. Afspraken over de overdraagbaarheid van de contractuele relatie vinden hun neerslag in zogenaamde (niet-)overdrachtsclausules<sup>658</sup>.

**176. Geviseerde bestanddelen van de overeenkomst.** Het gemene recht biedt steeds een terugvalpositie voor de overdracht van de verschillende bestanddelen van de overeenkomst. Partijen hoeven alleen maar de punten uit te werken waarop zij wensen af te wijken van de gemeenrechtelijke regeling. Het voorzien van een mogelijkheid tot *overdracht van de actieve bestanddelen* van de overeenkomst is bijvoorbeeld alleen noodzakelijk indien de overeenkomst een intrinsiek *intuitu personae* karakter heeft dat een partij (of beide partijen) wenst weg te bedingen. De uitsluiting van de overdracht van actieve bestanddelen is op zijn beurt nuttig om dit *intuitu personae* karakter net te creëren of te bevestigen. De uitsluiting van de mogelijkheid tot eenzijdige *overdracht van passieve bestanddelen* is dan weer slechts een bevestiging van het gemene recht, tenzij men ook de niet-bevrijdende overdracht wenst uit te sluiten. De mogelijkheid tot een eenzijdige bevrijdende overdracht moet dan weer uitdrukkelijk worden bedongen. De clause kan ten slotte de overdracht van de overeenkomst in haar geheel behandelen.

**177. Type van de overdracht.** Een volgend aandachtspunt is het type van de overdracht dat geviseerd wordt door de clause. Een overdracht onder algemene titel (*transmission*) is te onderscheiden van een overdracht onder bijzondere titel (*cession*). Beide types van overdracht kunnen aan een aparte regeling worden onderworpen. De overdracht onder algemene titel op de erfgenamen kan bijvoorbeeld worden toegestaan, terwijl de overdracht onder bijzondere titel op derden *sensu stricto* wordt uitgesloten. Wanneer de clause slechts één type overdracht behandelt, blijft onduidelijkheid bestaan over de bedoeling van de partijen ten aanzien van het andere type. De afwezigheid van een uitdrukkelijke regeling laat niet toe om op basis van een *a contrario* redenering te besluiten dat het andere type overdracht zonder meer is toegelaten dan wel is uitgesloten. In geval van twijfel moeten de (interpretatie)regels van het gemene recht worden toegepast. Daarbij dient desgevallend rekening te worden gehouden met het intrinsiek *intuitu personae* karakter van de geviseerde verbintenissen.

---

<sup>658</sup> Zie uitgebreid over deze clausules: M. FONTAINE en F. DE LY, 577 *et seq.*

**178. Unilateraal of bilateraal karakter van de clause.** Het derde aandachtspunt is het unilaterale of bilaterale karakter van de clause. De goedkeuringsclause kan uitsluitend in het voordeel van één van de partijen (zijnde de sterkste partij, meestal de informatieverstrekker) worden opgesteld, maar de overdrachtsregeling kan ook van toepassing worden verklaard op alle partijen. Uit het feit dat een overdrachtsregeling goedkeuringsvereisten ten laste legt van één van de partijen, valt nog niet *a contrario* af te leiden dat de overeenkomst géén goedkeuringsvereiste zou bevatten ten laste van de andere partij<sup>659</sup>. Deze vereiste kan nog steeds voortvloeien uit het intrinsieke (en impliciete) *intuitu personae* karakter van de verplichtingen die op de andere partij rusten. Verwarring daaromtrent wordt alleen uitgesloten indien de partijen de mogelijkheid tot overdracht van beide rechtsposities regelen in de overeenkomst. Deze regelingen hoeven overigens geen spiegelbeeld van elkaar te zijn. Voor de hierna volgende analyse is het unilaterale of bilaterale karakter van de clause van geen belang. Het onderzoek vertrekt telkens vanuit de premisse dat minstens één van de partijen afspraken over de overdracht heeft gestipuleerd, wat de precieze mogelijkheden tot overdracht van diens medecontractant ook mogen zijn.

**Voorbeeld van een bilaterale clause:** “A party may only assign a right under this agreement with the prior written consent of the other”.

**Voorbeeld van een unilaterale clause:** “You may not assign or transfer any rights or obligations under this Agreement without the prior written consent of [bedrijf X]. [Bedrijf X] may assign this Agreement at any time”.

**179. Doelstelling van de regeling.** Ten slotte moet de precieze opzet van de regeling worden uitgewerkt. De regeling kan tot doel hebben om elke mogelijkheid tot overdracht te verbieden, om de toelaatbaarheid van de overdracht te koppelen aan een goedkeuring dan wel om de overdracht principieel toelaatbaar te maken. Deze regimes kunnen onderling worden gecombineerd. In dat geval moet duidelijk worden aangegeven in welke omstandigheden de overdracht al dan niet mogelijk is of afhankelijk is van een goedkeuring.

#### 4.2.1 Niet-overdraagbaarheidsclausules

**180. Totaalverbod tot overdracht.** De meest verregaande beperking wordt ingebouwd door de zogenaamde niet-overdraagbaarheidsclause (*clause d’incessibilité*). Dergelijke clausules hebben tot doel om elke vorm van circulatie onmogelijk te maken. De overeenkomst neemt van rechtswege een einde zodra de medecontractant in wiens hoofd het *intuitu personae* karakter was bedongen uit de rechtsverhouding verdwijnt, of dat nu door een overlijden, faillissement of kennelijk onvermogen of een poging tot overdracht onder bijzondere titel gebeurt. Een verbod op overdracht in het voordeel van de informatieverstrekker luidt dat het recht op kennisname en gebruik uitsluitend wordt verleend op basis van de identiteit van de persoon en daardoor niet vatbaar is voor overdracht onder algemene of bijzondere

---

<sup>659</sup> Cour d’appel Parijs (5e kamer A) 24 juni 1998, nr. JurisData: 1998-024432.

titel. Een verbod in het voordeel van de informatieontvanger stipuleert het tegendeel, namelijk dat de overeenkomst wordt aangegaan vanwege de specifieke identiteit van de informatieverstrekker. Dit heeft tot gevolg dat het meesterschap van het geheim niet overdraagbaar is.

**181. Gedeeltelijk verbod tot overdracht.** Het verbod tot overdracht kan beperkt zijn tot specifieke territoria of personen. De eerste beperking is weinig pertinent voor de bescherming van vertrouwelijke informatie omdat de geografische locatie geen fundamentele obstakels oplevert voor de verspreiding. De beperking ten aanzien van de personen is des te meer relevant. De meester van het geheim heeft er alle belang bij om het geheim uit handen te houden van zijn concurrenten, zelfs indien het vertrouwelijke karakter daardoor niet tenietgaat. Een regeling voor de circulatie van de overeenkomst tussen personen die geen of hooguit een zeer gering gevaar opleveren voor het geheim is daarentegen niet noodzakelijk een struikelblok. De clausule kan dan ook een uitzondering bevatten voor personen waaraan de overeenkomst wel eenzijdig mag worden overgedragen, zoals ondernemingen waarover de medecontractant het volledige zeggenschap uitoefent.

Het kan ook voor de informatieontvanger-geheimplichtige cruciaal zijn dat de informatie buiten het bereik blijft van de concurrentie. De waarde van geheime informatie schuilt immers in het concurrentiële voordeel dat daaruit voortvloeit. Dit voordeel staat op het spel zodra een concurrent kennis neemt van de informatie. Dit is *a fortiori* het geval indien een concurrent het meesterschap over het geheim verkrijgt. Daarom is ook de informatieontvanger gebaat bij de contractuele beperking van de bewegingsvrijheid van zijn medecontractant. De meest verregaande beperking van het meesterschap bestaat in het bedingen van een exclusief recht op de kennisname en het gebruik van de informatie. De meester van het geheim mag in dat geval geen andere licenties toestaan. Hij wordt bovendien genoodzaakt om zelf een geheimhoudingsplicht in acht te nemen ten aanzien van de informatie<sup>660</sup>. Gelet op de verregaande gevolgen daarvan zal de exclusiviteit echter veelal beperkt blijven tot een specifiek territorium, een specifieke activiteit en een specifieke periode. De meester van het geheim behoudt daardoor de vrijheid om exploitatierechten toe te kennen buiten de aan elke individuele informatieontvanger toegestane exclusiviteitsfeer. Hij mag in deze hypothese het geheim weliswaar exploiteren via een verspreiding onder voorwaarden (nl. in de vorm van een licentie), maar hij mag ze ook hier niet openbaar maken aangezien dit de exploitatierechten van de bestaande licentiehouders miskent.

**182. Clausule van onoverdraagbaarheid en aanvullende werking van de goede trouw.** De clausule die de overdraagbaarheid in niet mis te verstane bewoordingen uitsluit, kan niet worden omzeild door een beroep op de aanvullende werking van de goede trouw. De rechter mag de overeenkomst niet aanvullen op een manier die afbreuk doet aan de essentie van de contractuele rechten en plichten van de partijen, terwijl het bieden van een impliciete mogelijkheid tot overdracht volledig in tegenspraak met de clausule zou gebeuren<sup>661</sup>.

<sup>660</sup> F. MAGNIN, *Know-How et propriété industrielle*, Parijs, Librairies Techniques, 1974, 318, nr. 569.

<sup>661</sup> Cf. Cass. 23 maart 2006, AR C030626N, Fortis Bank NV / D.P. en S.K., [www.cass.be](http://www.cass.be).

**183. Clausule van onoverdraagbaarheid en matigende werking van de goede trouw.** Het is betwist of het beroep op de niet-overdraagbaarheid in aanmerking komt voor rechtsmisbruik. Een aantal auteurs beschouwen de mogelijkheid om af te zien van de onoverdraagbaarheidsclausule als een volstrekt discretionair recht waarvan de uitoefening nooit kan leiden tot rechtsmisbruik<sup>662</sup>. Andere auteurs wijzen het bestaan van dergelijke rechten resoluut af<sup>663</sup>. De meerderheidsopvatting stelt terecht dat in beginsel elk recht in aanmerking komt voor misbruik. Deze vaststelling geldt bijvoorbeeld voor de stopzetting van een louter gedogen<sup>664</sup> en (maar uiteraard slechts naargelang de concrete omstandigheden) zelfs voor de niet-hernieuwing van een contract van bepaalde duur<sup>665</sup>. Kan in het verlengde daarvan worden geponeerd dat ook het beroep op een onoverdraagbaarheidsclausule in aanmerking komt voor misbruik? Dat kan wanneer men aanvaardt dat zelfs de contractsvrijheid in aanmerking komt voor misbruik. Het beroep op de onoverdraagbaarheidsclausule is in wezen immers niets anders dan een uitwerking van het recht van één of beide partijen om niet te worden opgezadeld met personen die geen partij waren bij de oorspronkelijke overeenkomst. Het totaalverbod blijft een contractuele norm waarvan de partij in wiens voordeel het verbod werd bedongen al dan niet gebruik van kan maken. Goedkeuring van de overdracht blijft met andere woorden mogelijk, zodat het beroep op de clausule minstens tot op zekere hoogte vatbaar is voor misbruik. Zowel de marge tot misbruik als de mogelijkheden om dit misbruik aan te tonen blijven niettemin zeer beperkt. In theorie kan de sanctie van het rechtsmisbruik erin bestaan dat men het recht helemaal niet mag uitoefenen, wat in deze context zou betekenen dat de overdracht toch kan plaatsvinden.

**184. Marge voor misbruik.** De medecontractant kan zeer weinig hoop op goedkeuring van de overdracht koesteren wanneer de clausule dit duidelijk en ongenueanceerd uitsluit. De partij in wiens voordeel een onoverdraagbaarheidsclausule werd bedongen, beschikt over een verregaand weigeringsrecht om elk verzoek af te wijzen. De instemming met een ongenueanceerd totaalverbod impliceert immers de vrijwillige aanvaarding van de voorzienbare nadelige gevolgen daarvan, zodat bijvoorbeeld zelfs een klein voordeel kan volstaan om de niet-overdracht te rechtvaardigen, ook al veroorzaakt dit een groot nadeel in hoofde van de medecontractant. Het is in de eerste plaats de taak van de medecontractant om de

---

<sup>662</sup> P. STOFFEL-MUNCK, "Abus d'un droit contractuel : les critères du refus abusif d'agrément", *RDC* 2003, 50.

<sup>663</sup> D. MAINGUY, "L'abus de droit commis dans le refus d'agrément à la circulation d'un contrat de distribution" (noot onder Cass. com. (fr.) 2 juli 2002), *JCP G* 2003, II, 10023 (voor de clause d'agrément zelf); zie tevens J. GHESTIN en G. GOUBEAUX, *Introduction générale in Traité de droit civil* Parijs, LGDL, 1994, 762, nr. 775. Zie over deze problematiek nog naar Frans recht: D. ROETS, "Les droits discrétionnaires: une catégorie juridique en voie de disparition", *D* 1997, 92 (deze auteur stelt vast dat de categorie van de discretionaire rechten wordt bekritiseerd en dat de omvang ervan doorheen de jaren is afgenomen, maar wijst het bestaan van deze categorie als dusdanig niet af).

<sup>664</sup> Rb. Brugge 5 februari 1999, *TBBR* 2001, 111 (verkort); Vred. Zottegem-Herzele 9 juni 2005, *TBBR* 2005, 610, noot T. VAN SINAY; Vred. Torhout 1 september 1998, *TWVR* 1999, 76.

<sup>665</sup> Zie o.m. J. MESTRE, "Non-renouvellement des contrats à durée déterminée : entre la liberté surtout et l'abus un petit peu" (noot onder Cass. com. (fr.) 25 april 2001, Cass. com. (fr.) 6 juni 2001 en Cass. com. (fr.) 3 juli 2001), *RTD Civ.* 2002, 99.

voorzienbare nadelige gevolgen van de niet-overdraagbaarheid pro-actief te vermijden, bijvoorbeeld door zich te onthouden van al te hoge investeringen voor de uitvoering van de overeenkomst. Gelet op de afwezigheid van een principieel recht op overdracht of minstens een hoop op goedkeuring kan het aandragen van een gelijkwaardige of zelfs meer geschikte contractspartij bijvoorbeeld niet *ipso facto* resulteren in rechtsmisbruik van het recht om zich op de onoverdraagbaarheid te beroepen. Een dergelijke weigering gebeurt niet noodzakelijk met het oogmerk om te schaden en leidt al evenmin noodzakelijk tot een manifeste wanverhouding in de belangen van de partijen. Zo kan de weigering gerechtvaardigd zijn vanuit de overweging dat een wijziging in de identiteit van de medecontractant steeds onzekerheid met zich meebrengt en een tijdelijk verlies aan efficiëntie in de uitvoering van de overeenkomst veroorzaakt. Het inroepen van rechtsmisbruik is daardoor vooral een realistische optie wanneer de weigering plaatsgrijpt met een louter oogmerk om te schaden<sup>666</sup> of de medecontractant zelf geen belang heeft om te weigeren<sup>667</sup>. Rechtsmisbruik wegens een wanverhouding tussen het geleden nadeel van de schuldenaar en het verkregen voordeel van de schuldeiser van de overdrachtsbeperking is denkbaar indien de schuldenaar een nieuwe, bereidwillige vervanger aandraagt die voldoet aan de noodzakelijke vereisten voor de uitvoering van de overeenkomst.

**185. Bewijs van het misbruik.** De bewijslast rust volledig op de partij die zich op het misbruik beroept. Bij gebrek aan enig recht op goedkeuring heeft de medecontractant evenmin recht op een gemotiveerde weigering. De tegenpartij kan volstaan met een verwijzing naar de onoverdraagbaarheidsclausule en behoudt het prerogatief om zijn beslissing desgewenst toe te lichten tijdens een gerechtelijke procedure.

#### 4.2.2 Overdraagbaarheidsclausule *sensu stricto*

**186. Recht tot overdracht.** Een tweede type clausules staat één of beide partijen uitdrukkelijk toe om de overeenkomst, of specifieke bestanddelen daarvan, over te dragen op al dan niet nader gedefinieerde derden. Ruim geformuleerde rechten tot overdracht vormen de tegenhanger van onoverdraagbaarheidsclausules. Daar waar de laatste categorie het *intuitu personae* karakter desnoods op kunstmatige wijze binnenloodst in de contractuele relatie, sluiten deze clausules het *intuitu personae* karakter net uit in min of meerdere mate. De partij in wiens voordeel de clausule wordt bedongen, verkrijgt namelijk een quasi-discretionair recht tot overdracht. De clausule moet duidelijk maken wat de draagwijdte is van het recht op overdracht. Zij kan betrekking hebben op de overeenkomst in haar geheel, maar ook op de materiële uitvoering ervan of op specifieke rechten of plichten. Indien de clausule zich uitstrekt tot de passieve bestanddelen van de overeenkomst, moet duidelijk worden gemaakt of de overdracht bevrijdend werkt of niet. Bij onduidelijkheid wordt de schuldoverdracht namelijk niet vermoed bevrijdend te zijn (*cf.* art. 1273 BW).

<sup>666</sup> Vgl. J.M. MOUSSERON, 482, nr. 1245 (“L’indication d’un ‘pouvoir discrétionnaire’ écartera le contrôle judiciaire sauf, semble-t-il, établissement d’une faute intentionnelle de l’auteur du refus”).

<sup>667</sup> Voorz. Kh. Hasselt 24 september 1997, *DAOR* 1998, 95, noot J. BILLIET.

Het recht tot overdracht wordt in principe slechts gedeeltelijk toegestaan. Zo is het voor de informatieverstrekker veiliger om de mogelijkheid tot eenzijdige “overdracht” van de rechtspositie van de geheimplichtige te beperken tot twee mechanismen, waarvan één uitwerking heeft op juridisch vlak en één slechts op materieel vlak. Het gaat meer bepaald om de niet-bevrijdende schuldoverdracht van de geheimhoudingsplicht en de materiële verspreiding van de informatie via een regeling over de toegestane verspreiding. Ook de identiteit van de in te schakelen derden zal in principe strikt worden afgelijnd. Hoe dan ook vermijdt een rationele contractant zoveel mogelijk om quasi-discretionaire rechten toe te kennen aan zijn medecontractant en werkt hij eerder met goedkeuringsclausules.

De Canadese zaak *Liqui-Box / Twinpak* levert een illustratie op van het gevaar waartoe zelfs een gedeeltelijk ongeconditioneerd recht op overdracht kan leiden<sup>668</sup>. Naar aanleiding van een licentieovereenkomst stelt *Liqui-Box* waardevolle *knowhow* ter beschikking aan *Twinpak*<sup>669</sup>. De *knowhow* wordt beschermd door een geheimhoudingsclausule en een conventionele overdrachtbeperking. De overdrachtsbeperking koppelt de mogelijkheid tot overdracht van rechten die uit de overeenkomst voortvloeiden aan een voorafgaande, schriftelijke toestemming van *Liqui-Box*. Op dit principe wordt één uitzondering voorzien: *Twinpak* (de licentiehouder) hoeft geen toestemming te verkrijgen indien de overdracht van de contractuele rechten kadert in een overdracht van een relevante bedrijfseenheid voor de uitvoering van de overeenkomst<sup>670</sup>. Na het sluiten van de overeenkomst gaat *Twinpak* in op een overnamebod dat betrekking heeft op de relevante bedrijfseenheid. Het overnamebod gaat uit van de onderneming *Scholle*, al dan niet toevallig de belangrijkste concurrent van *Liqui-Box*. *Liqui-Box* reageert met een vordering voor dringende en voorlopige maatregelen (op basis van een *interlocutory injunction*) om enerzijds te verhinderen dat de overdracht van de overeenkomsten plaatsvindt zonder haar voorafgaande toestemming en anderzijds om te verhinderen dat haar zakengeheimen worden onthuld aan één van haar concurrenten. Het Canadese Hooggerechtshof bevestigt echter de beslissing van de lagere rechtbank dat de overdracht van de overeenkomst *in casu* niet onderworpen is aan enige toestemmingsvereiste. De operatie ressorteert immers onder de uitzondering. Verder wordt de onthulling van de zakengeheimen evenmin beschouwd als een fout. De overeenkomst legt immers geen beperkingen op inzake de identiteit van de overnemer en er is geen jurisprudentiële *authority* die verbiedt dat concurrenten zich op dergelijke wijze toegang verschaffen tot de zakengeheimen van een onderneming. De royalties waarop *Liqui-Box* aanspraak kon maken werden bovendien berekend op basis van de nettoverkoop van de geproduceerde producten zonder dat in een minimale productieplicht was voorzien.

#### 4.2.3 Overdraagbaarheidsclausules met goedkeuringsvereiste

**187. Goedkeuringsclausules.** De laatste categorie bestaat uit clausules die de medecontractant de mogelijkheid bieden om de overeenkomst (of de actieve

<sup>668</sup> Cour supérieure Québec 21 juni 1991, *Liqui-Box Corp. / Twinpak Inc.*, 1991 *CarswellQue* 1286.

<sup>669</sup> De oorspronkelijke contractspartij (in 1964) was Bathurst Containers Limited. Die partij had de overeenkomst vervolgens (in 1969) overgedragen op *Twinpak*. Het geschil draaide rond the daaropvolgende overdracht (in 1991) van de relevante bedrijfseenheid aan *Scholle*.

<sup>670</sup> “20. The provisions of this Agreement shall be binding upon and shall inure to the benefit of [...] assigns; provided, however, LICENSEE may not, without the written consent of LICENSOR, transfer its rights under this Agreement, except in connection with the transfer of that portion of the business of LICENSEE related to the subject matter of this license.[...]”.

bestanddelen daarvan) over te dragen. De goedkeuringsclausule heeft tot doel om de overdracht te conditioneren in plaats van ze categoriek toe te staan of te beletten. De marge om de goedkeuring te weigeren wordt daardoor in min of meerdere mate beperkt, al naargelang de wil van en vooral de machtsverhoudingen tussen de partijen. De schuldenaar van het beding is in elk geval verplicht om de goedkeuring van zijn medecontractant te verkrijgen vóór de overdracht. Indien hij nalaat deze goedkeuring te vragen, begaat hij een wanprestatie die tot de ontbinding van de overeenkomst kan leiden voor zover de fout zwaar genoeg is<sup>671</sup>.

De werking van een goedkeuringsclausule is verenigbaar met art. 101 Verdrag Werking EU (oud art. 81 EG Verdrag) indien zij slechts het *intuitu personae* karakter van een franchiseovereenkomst bevestigt en tracht te voorkomen dat de *know how* en technische assistentie van de franchisegever in handen valt van concurrenten<sup>672</sup>.

**188. Verdeling van de bewijslast.** De clausule kan enerzijds voorzien dat de medecontractant een principieel recht heeft op goedkeuring. De tegenpartij mag die goedkeuring dan alleen weigeren indien hij aantoonst dat niet voldaan is aan alle voorwaarden of dat hij een redelijk belang heeft bij de weigering. Anderzijds kan de clausule stipuleren dat er geen principieel recht is op goedkeuring, zodat de medecontractant moet aantonen dat wel degelijk voldaan is aan alle in de clausule voorziene voorwaarden of dat de tegenpartij geen redelijk belang heeft bij de weigering.

**189. Rechtsgevolgen van de goedkeuring.** De bevrijdende schuldoverdracht (delegatie) wordt niet vermoed in het Belgische recht. De aanwijzing van een nieuwe schuldenaar die zich tegenover de schuldeiser verbindt, brengt geen schuldvernieuwing teweeg indien de schuldeiser niet uitdrukkelijk verklaart dat hij zijn oorspronkelijke schuldenaar van zijn verbintenis wenst te ontslaan (art. 1275 BW). De schuldenaar is niet gerechtigd om de overdracht als bevrijdend te beschouwen, tenzij de schuldeiser dit uitdrukkelijk toestaat. Een uitdrukkelijk beding in die zin is overbodig.

**Voorbeeld:** “Neither University nor Company shall be immune from its obligations under this Agreement even if either party, with a prior written consent of the other party as provided in the preceding paragraph, assigns, transfers, pledges or encumbers this Agreement or its rights and obligations hereunder, in whole or in part, to any third party”<sup>673</sup>.

**190. Voorwaarden voor de goedkeuring: uitdrukkelijke criteria.** De clausule kan een principieel recht op overdracht toekennen aan derden die voldoen aan uitdrukkelijk voorziene criteria. Dit is de meest objectieve en voorspelbare techniek. De mogelijke criteria zijn onder meer het tijdstip van de overdracht en de persoon van

---

<sup>671</sup> België: Rb. Antwerpen 1 februari 1996, *DAOR* 1996, 93. Frankrijk: L. AYNES, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, 261, nr. 393.

<sup>672</sup> Cour d’appel Parijs (Kamer 5, sectie 1) 21 september 2005, AR 03/13694, nr. JurisData: 2005-294284.

<sup>673</sup> <http://www.rpip.tohoku.ac.jp/files/nda-r-e.doc>.



de derde. De partijen kunnen een termijn voorzien waarna de overeenkomst vatbaar wordt voor overdracht. Zo kan de termijn worden vastgelegd op het verwachte punt waarop het concurrentiële voordeel van de informatie zodanig is afgenomen dat de bescherming via een totaal overdrachtsverbod niet meer onmisbaar is. Daarnaast kan worden gestipuleerd dat de persoon aan wie de overeenkomst wordt overgedragen aan bepaalde eisen moet voldoen, bijvoorbeeld een ander lid uit een groep vennootschappen zijn, bepaalde capaciteiten hebben of geen banden hebben met concurrenten van de medecontractant.

**191. Goedkeuringsvereiste zonder criteria.** Bij gebrek aan richtsnoeren wordt het goedkeuringsrecht van de tegenpartij uitsluitend beperkt door de vereisten van de goede trouw. Dit wil zeggen dat hij een aanvraag tot overdracht niet op onredelijke wijze mag weigeren. Het gebrek aan criteria verhoogt het subjectieve karakter van de keuze en bemoeilijkt de vaststelling van het al dan niet onredelijke karakter van een weigering. De marge tot misbruik is wel groter dan bij een onoverdraagbaarheidsclausule vermits de mogelijkheid tot goedkeuring niet volledig en *a priori* wordt uitgesloten.

**192. Quasi-discretionair goedkeuringsrecht of goedkeuring mits toetsing aan objectieve criteria.** De goedkeuringsclausule kan ten slotte voorzien in een principiële onoverdraagbaarheid waarvan afstand kan worden gedaan op basis van een (quasi-)discretionair goedkeuringsrecht. In die hypothese behoudt één van de partijen zich het recht voor om naar eigen goedgevoelen te beslissen over de overdracht. Die goedkeuring kan quasi-discretionair zijn of gekoppeld worden aan objectieve criteria die betrekking hebben op de geschiktheid of betrouwbaarheid voor de uitvoering van de over te dragen verbintenissen. De partijen kunnen desgevallend ook in gemeen overleg afwijken van een volwaardige onoverdraagbaarheidsclausule (art. 1134, tweede lid BW), maar behoudens rechtsmisbruik<sup>674</sup> mag de medecontractant in deze hypothese geen legitieme verwachting koesteren op een dergelijke overeenkomst.

**193. Combinatie van verschillende gradaties van overdrachtsbeperkingen is mogelijk.** De partijen kunnen op basis van hun contractsvrijheid verschillende types van overdrachtsclausules met elkaar combineren. Dit laat toe om de inflexibiliteit van een totaalverbod of van een principieel recht tot overdracht te nuanceren. Zij kunnen bijvoorbeeld een gedeeltelijk verbod tot overdracht combineren met een gedeeltelijk recht tot overdracht of met een goedkeuringsvereiste. Het gedeeltelijke karakter kan erin bestaan dat slechts bepaalde contractuele verplichtingen (niet) mogen worden overgedragen of dat het verbod (of het recht) slechts geldt ten aanzien van specifieke personen. Het zwaartepunt van de combinatie is vrij te bepalen. De partijen kunnen bijgevolg vertrekken van een principieel verbod of principieel recht tot overdracht of van een principiële goedkeuringsvereiste en vervolgens dit uitgangspunt nuanceren.

---

<sup>674</sup> Cf. J. RONSE, “Marginale toetsing in het privaatrecht”, *TPR* 1977, (207) 218-220.

**Voorbeeld:** “This Agreement may not be assigned by any Party unless prior written consent is obtained from the other Party, however, a party may assign this Agreement (including the right to enforce its terms) to a parent or subsidiary at its sole discretion without consent”<sup>675</sup>.

Clausules die de medecontractant vasthouden in de contractuele relatie zijn niet noodzakelijk de meest efficiënte oplossing om de overeenkomst af te schermen van derden. Een totaal overdrachtsverbod sluit niet elke mogelijkheid tot conflict uit omdat de medecontractant als dusdanig het voorwerp kan uitmaken van operaties die het mogelijk maken om dit verbod (dat geldt ten aanzien van de overeenkomst) te omzeilen, bijvoorbeeld via een herstructurering of een controlewijziging.

#### 4.3 Clausules die de overdracht van de rechtspersoon regelen

**194. Overdrachtsbeperkingen op aandelen zijn toegestaan mits zij voldoen aan bepaalde voorwaarden.** Conventionele overdrachtsbeperkingen<sup>676</sup> op aandelen laten toe om een zekere mate van *intuitus personae* te introduceren in de aandeelhoudersstructuur van de vennootschap. Het aanbrengen van beperkingen op de vrije verhandelbaarheid van aandelen brengt een grotere stabiliteit van de aandeelhouderstructuur met zich mee en bemoeilijkt pogingen van derden om invloed te verwerven binnen de onderneming. De precieze contouren van de conventionele overdrachtsbeperkingen worden geregeld in artikel 510 W.Venn. De overdrachtsbeperkingen kunnen bestaan uit goedkeurings-, voorkoop- of onvervreemdbaarheidsclausules. Art. 510 W. Venn. bevat een opsomming van de effecten waarvoor deze overdrachtsbeperkingen mogelijk zijn en regelt tevens op dwingende wijze enkele modaliteiten van de onvervreemdbaarheid<sup>677</sup>. De onvervreemdbaarheid van het effect moet in de tijd beperkt zijn en steeds verantwoord zijn op grond van het vennootschapsbelang. De miskennis van deze voorwaarden wordt gesanctioneerd met de nietigheid (*cf.* art. 551, §2 W. Venn.). Indien de overdrachtsbeperking beperkt blijft tot een goedkeuringsclausule of voorkooprecht gelden deze vereisten niet. De toepassing van deze clausules mag dan slechts niet tot gevolg hebben dat de onoverdraagbaarheid langer dan zes maanden duurt te rekenen van de datum waarop het verzoek tot goedkeuring of uitnodiging tot uitoefening van het voorkooprecht is ontvangen.

De overdrachtsbeperkingen kunnen worden opgenomen in de statuten of in de authentieke akten bij de uitgifte van converteerbare obligaties of van warrants. In dat geval gelden zij ten aanzien van de houders van alle geviseerde types aandelen of categorieën van effecten<sup>678</sup>. *De beperkingen kunnen daarnaast in om het even welke*

<sup>675</sup> <http://www.franklinstreetfinancial.com/fsre-forsale.php>.

<sup>676</sup> Zie o.m. uitgebreid B. TILLEMANS, “Statutaire variaties inzake overdrachtsbeperkingen bij niet-publieke vennootschappen” in *Knelpunten van dertig jaar vennootschapsrecht*, Kalmthout, Biblo, 1999, 523-611 (de bijdrage dateert van vóór de invoering van het Wetboek van Vennootschappen).

<sup>677</sup> Zie o.m. uitgebreid B. VAN BRUYSTEGEM, “Art. 510 W. Venn.” in *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 15 augustus 2003, losbl.

<sup>678</sup> De categorie van de gedematerialiseerde effecten wordt niet uitdrukkelijk vermeld, maar wordt niettemin impliciet erbij gerekend (I. CORBISIER, “La société et ses associés”, (105) 150-151).

*andere overeenkomst worden opgenomen.* Deze overeenkomsten binden alleen de houders van de effecten die er partij bij zijn (art. 1165 BW). Andere houders van effecten zijn niet gebonden. Ook andere derden, zoals geïnteresseerde overnemers, zijn niet rechtstreeks gebonden. De contractuele overdrachtsbeperkingen hebben namelijk geen zakelijke werking. Zij zijn slechts een persoonlijke verbintenis van de schuldenaar bij de aandeelhoudersovereenkomst. Derde-overnemers te kwader trouw kunnen desgevallend wel aansprakelijk worden gesteld op basis van de rechtsfiguur derdemedeplichtigheid aan contractbreuk<sup>679</sup>. Men kan zich afvragen of artikel 510 W. Venn slechts overdrachtsbeperkingen tussen aandeelhouders viseert dan wel ook van toepassing is op overdrachtsbeperkingen die overeengekomen zijn in de relatie met derden. Deze laatste interpretatie verdient de voorkeur omdat dit artikel in algemene bewoordingen is opgesteld (“alle andere overeenkomsten kunnen perken stellen op de overdraagbaarheid”), wat impliceert dat het zich ook op al deze overeenkomsten van toepassing wenst te verklaren. De andere interpretatie zou bovendien tot gevolg hebben dat overdrachtsbeperkingen in de relatie met derden soepeler behandeld zouden worden. Zij zouden dan namelijk niet per definitie verantwoord moeten zijn op grond van het vennootschapsbelang en de maximale duur van zes maanden voor de verlening van de goedkeuring resp. de uitoefening van het voorkeepsrecht zou dan niet op deze afspraken van toepassing zijn.

#### 4.4 Clausules die een herstructurering verbieden of trachten te voorkomen

**195. Herstructurering door middel van fusie, splitsing, een daarmee gelijkgestelde operatie of de overdracht of inbreng van een (feitelijke) algemeenheid of bedrijfstak.** De *fusie* is een rechtshandeling waarbij het gehele vermogen -zowel de rechten als de plichten- van één of meerdere vennootschappen via een ontbinding zonder vereffening overgaat op *één* andere vennootschap. Dit kan gebeuren via een overneming door een andere rechtspersoon of via een oprichting van een nieuwe rechtspersoon (art. 671 en 672 W.Venn.). De *splitsing* is een rechtshandeling waarbij het bestaande vermogen -weerom zowel de rechten als de verplichtingen- overgaat op *meerdere* vennootschappen. Dit kan gebeuren door overneming, oprichting of een combinatie van beide vormen (673-675 W.Venn.). In beide gevallen is vereist dat de aandelen in de verkrijgende of de nieuw opgerichte vennootschap worden uitgereikt aan de aandeelhouders van de oorspronkelijke vennootschap. De rechtshandelingen waarbij het vermogen van een rechtspersoon zonder ontbinding door vereffening overgaat op een andere rechtspersoon, die houdster is van alle aandelen en effecten die stemrecht verlenen in de oorspronkelijke vennootschap, wordt gelijkgesteld met een fusie door overneming (art. 676 W.Venn.). Rechtshandelingen die, zonder dat alle overdragende vennootschappen ophouden te bestaan, voldoen aan de in art. 671 tot 675 W.Venn. uiteengezette omschrijvingen worden gelijkgesteld met een fusie of splitsing (677 W.Venn.). Los daarvan biedt het Wetboek van Vennootschappen nog de mogelijkheid tot inbreng of overdracht zonder ontbinding van een (feitelijke) algemeenheid of een bedrijfstak, met alle daaraan

---

<sup>679</sup> Cf. B. VAN BRUYSTEGEM, “Art. 510 W. Venn.” in *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 15 augustus 2003, losbl.

verbonden rechten en verplichtingen, op een andere vennootschap (art. 678-680 en 759-770 W.Venn.). Die laatste operaties kunnen ook zonder formaliteiten gebeuren (art. 759 W.Venn.). In dat geval vindt de overdracht niet van rechtswege plaats en moet zij gebeuren volgens de regels van een overdracht onder bijzondere titel.

**196. Risico's van de herstructurering voor de geheimhouding.** Bij de herstructurering van een vennootschap worden zelfs *intuitu personae* (m.a.w. *intuitu firmae*) overeenkomsten integraal overgedragen<sup>680</sup>. Het *intuitu personae* statuut verhindert bij fusie of splitsing (of inbreng van bedrijfstak of algemeenheid<sup>681</sup>), anders dan bij de overdracht onder algemene titel door overlijden, niet dat persoonsgebonden overeenkomsten van de overdragende vennootschap(pen) integraal overgaan op de overnemende vennootschap(pen)<sup>682</sup>. De overeenkomst in kwestie kan een andersluidend beding bevatten. Dit beding moet volgens bepaalde rechtsleer *uitdrukkelijk* bepalen dat het van toepassing is op dergelijke herstructurering<sup>683</sup>. Vermoedelijk gaat het echter om een gewone feitenkwestie die de rechter moet oplossen aan de hand van de normale interpretatieregels, waarbij hij er onder andere van mag uitgaan dat twijfel in het nadeel van de stipulant wordt opgelost (cf. art. 1162

---

<sup>680</sup> De overdracht vindt plaats van de overgenomen vennootschap naar de overnemende vennootschap. Deze vaststelling was van belang in de periode waarin de overdracht onder algemene titel van de *intuitu personae* overeenkomsten nog niet werd aanvaard in het raam van deze operaties. Hieruit werd namelijk afgeleid dat de *intuitu personae* overeenkomsten van de overnemende vennootschap behoudens andersluidende afspraak niet in het gedrang kwamen, terwijl dit wel het geval was voor de *intuitu personae* overeenkomsten van de overgenomen vennootschap (Brussel 5 oktober 1988, *TBH* 1989, 883, noot L. LIEFSOENS – de opslorpende vennootschap was in werkelijkheid de opgeslorpte vennootschap, zodat de *intuitu personae* overeenkomsten van deze feitelijk opgeslorpte vennootschap toch mochten worden verbroken).

<sup>681</sup> K. SELLESLAGS, 150, nr. 232.

<sup>682</sup> Cf. Gent 25 januari 2001, *TRV* 2004, 244, noot M. WAUTERS; J. HEENEN, “La directive sur les fusions internes”, *CDE* 1981, (15) 19; P. VAN OMMESLAGHE, “La proposition de troisième directive sur l’harmonisation des fusions de sociétés anonymes” in P. ZONDERLAND (ed.), *Quo Vadis Ius Societatem*, Deventer, Kluwer, 1972, (123) 145; H. LAGA, “Enige bedenkingen omtrent fusie en de overgang van *intuitu personae*-overeenkomsten” in *Liber amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story-Scientia, 1986, (237) 249 *et seq.*; H. LAGA, “Het rechtsgevolg van de fusie en splitsing. De overgang van rechten en plichten” in *De nieuwe fusiewetgeving 1993*, Kalmthout, Biblo, 1994, (89) 114, nr. 49. Vóór de wetwijziging van 29 juni 1993 (Wet 29 juni 1993 tot wijziging, wat de fusies en splitsingen van vennootschappen betreft, van de wetten op de handelsvennootschappen, gecoördineerd op 30 november 1935, *BS* 21 juli 1993, 17176) ging de rechtspraak ervan uit dat de *intuitu personae* overeenkomsten niet werden overgedragen: Cass. 30 april 1970, *Pas.* 1970, I, 749; Brussel 5 oktober 1988, *TBH* 1989, 883, noot L. LIEFSOENS. De heersende mening in de Franse rechtspraak (cf. de hierna aangehaalde cassatiearresten van 3 juni 2008) en rechtsleer is vooralsnog dat *intuitu personae* overeenkomsten niet automatisch overgaan: J.M. MOUSSERON e.a., 465, nr. 1208; L. AMIEL-COSME, “L’intransmissibilité des contrats de franchise, conclus *intuitu personae*, lors d’un apport partiel d’actif ou d’une fusion-absorption” (noot onder Cass. com. (fr.) 3 juni 2008 (twee arresten), *Rev. Soc.* 2009, 339; B. FAGES, “Intransmissibilité des contrats conclus *intuitus personae* en cas de fusion ou d’apport partiel d’actif” (noot onder Cass. com. (fr.) 3 juni 2008 (twee arresten)), *RTD Civ.* 2008, 478; C. MARECHAL, “Lors d’un apport partiel d’actifs, le contrat de franchise, conclu *intuitu personae*, n’est transmis qu’avec l’accord du franchisé” (noot onder Cass. com. (fr.) 3 juni 2008), *JCP G* 2008, II, 10154; H. HOVASSE, “Transmission universelle et contrat de franchise” (noot onder Cass. com. (fr.) 3 juni 2008), *Dr. Soc.* 2008, comm. 184; P.-Y. BERARD, “Les fusions à l’épreuve de l’*intuitus personae*”, *RTD Com.* 2007, 279, Zie kritisch: M. DUBURTRET, “L’*intuitus personae* dans les fusions”, *Rev. Soc.* 2006, 721; A. ALBORTCHIRE, *Le sort des contrats dans les opérations de fusion et de scission de sociétés commerciales*, thèse universiteit Auvergne, 2005, 163, nr. 265 *et seq.*

<sup>683</sup> K. SELLESLAGS, 150, nr. 232; J.-P. BLUMBERG, “Het nieuwe regime inzake inbreng van bedrijfstak en van algemeenheid”, *NFM* 1995/8, (1) 5.

BW). Een uitdrukkelijke bepaling is daarbij niet vereist voor de toepassing van het beding bij de herstructurering, alleen maar een beding waarvan de rechter vaststelt dat het *duidelijk* is.

De herstructurering confronteert de informatieverstrekker zonder zijn toestemming met een nieuwe medecontractant die in alle rechten en plichten van de oorspronkelijke informatieontvanger treedt. De risico's van een fusie of splitsing door overneming (of van een inbreng van algemeenheid of bedrijfstak) gelden ongeacht de rol van de informatieontvanger in de operatie. De informatieontvanger kan een overdragende vennootschap zijn. In dat geval gaat de *intuitu personae* gesloten geheimhoudingsovereenkomst over op de overnemende vennootschap. Het kan echter ook gaan om een overnemende vennootschap. Het gevaar van de herstructurering bestaat dan in een verruiming van de bestaande aandeelhouderstructuur met potentiële concurrenten.

Bij het risico van de herstructurering passen nog twee kanttekeningen. Ten eerste heeft het geen zin om de overdracht van de geheimhoudingsovereenkomst of het geheimhoudingsbeding als dusdanig uit te zonderen van de herstructurering. De overgenomen vennootschap verdwijnt immers, zodat een overeenkomst die niet wordt overgedragen noodgedwongen wordt ontbonden<sup>684</sup>. Dit zou betekenen dat de overnemende vennootschap kennis zou nemen van de informatie zonder gehouden te zijn door de contractuele beperkingen van de geheimhoudingsplicht. Het is wel mogelijk om te stipuleren dat de contractuele basisverhouding (waarvoor de geheimhoudingsplicht werd bedongen) eindigt door de herstructurering, met behoud van een postcontractuele geheimhoudingsplicht die wel vatbaar is voor overdracht. Ten tweede krijgt de overnemende partij toegang tot het geheim onder dezelfde voorwaarden als de oorspronkelijke contractant, dus *met behoud van de geheimhoudingsplicht*. Zelfs een verspreiding van het geheim *met behoud van de geheimhoudingsplicht* kan echter nadelig zijn voor de informatieverstrekker, bijvoorbeeld wanneer de informatie in handen komt van een rechtstreekse concurrent.

**197. Overdrachtsbeperkingen op aandelen van de overgenomen of gesplitste rechtspersoon als dusdanig zijn niet tegenstelbaar.** De meerderheid van de rechtsleer stelt dat conventionele overdrachtsbeperkingen *niet* van toepassing zijn op de herstructureringen van boek XI W.Venn.<sup>685</sup>. Deze stelling wordt onder meer gemotiveerd met de overweging dat herstructureringen geen individuele aandelenoverdracht inhouden<sup>686</sup> en dat het door de wet toegekende recht op

---

<sup>684</sup> H. LAGA, "Het rechtsgevolg van de fusie en splitsing. De overgang van rechten en plichten" in *De nieuwe fusiewetgeving 1993*, Kalmthout, Biblo, 1994, (89) 115, nr. 50.

<sup>685</sup> De parlementaire voorbereiding van artikel 510 W.Venn., stelt wel uitdrukkelijk dat de notie overdracht zich tevens uitstrekt tot operaties zoals de fusie en de splitsing (Verslag, *Parl. St.* Senaat 1990-91, 1107/3, 99).

<sup>686</sup> P. KILESTE, "Les conventions d'actionnaires" in J.M. NELISSEN GRADE (ed.), *Les nouvelles relations entre actionnaires*, Brussel, s.u., 1994, (2) 12.

herstructurering niet kan worden ontnomen aan de rechtspersoon<sup>687</sup>. De uitsluiting van de conventionele overdrachtsbeperkingen wordt gerechtvaardigd vanuit de geest en opzet van de wet. De fusie of splitsing werd geconcipieerd als een op zichzelf staande rechtsfiguur die een rechtstreekse overdracht onder algemene titel regelt van het vermogen van de overgenomen of gesplitste rechtspersoon in ruil voor de rechtstreekse uitreiking van aandelen in de overnemende rechtspersoon, met een eventuele opleg van maximaal 10% in geld van de waarde van de uit te reiken aandelen. Een tussenstap in de vorm van een overdracht van de aandelen in de overgenomen of gesplitste rechtspersoon op de overnemende rechtspersoon of -personen wordt als het ware overgeslagen. De fusie of splitsing impliceert in die hypothese geen aandelenoverdracht langs de zijde van de overgenomen of gesplitste vennootschap, zelfs niet onder algemene titel. Zij wordt integendeel tot stand gebracht door de loutere goedkeuring van het fusie- of splitsingsvoorstel. De aandeelhouderstructuur is vanuit dit perspectief slechts relevant als referentiepunt voor de goedkeuring van het herstructureringsvoorstel en voor de vaststelling en de verdeling van de tegenprestatie van de overnemende rechtspersoon of -personen (aan de hand van een ruilverhouding tussen de nieuwe en de oude aandelen).

**198. Overdrachtsbeperkingen op aandelen in het vermogen van de overgenomen of gesplitste rechtspersoon?** De analyse had tot nu toe betrekking op de *aandelen in de overgenomen of gesplitste rechtspersoon* die zich, logischerwijze, in het *vermogen van de aandeelhouders* van die rechtspersoon bevinden. Daarnaast moet de impact van de herstructurering worden nagegaan op de *aandelen in derde vennootschappen* die zich in het *vermogen van de overgenomen of gesplitste rechtspersoon* zelf bevinden. De Franse rechtspraak levert daarbij nuttige inzichten op. De problematiek kwam reeds in het raam van goedkeuringsclausules<sup>688</sup> aan bod in drie arresten van het Franse hof van cassatie. De Franse rechtspraak toonde zich oorspronkelijk erg sceptisch tegen de toepassing van overdrachtsclausules voor de identiteitswijziging van een aandeelhouder wegens herstructurering. In een eerste fase besliste het Franse hof dat de overdracht onder algemene titel van het vermogen van de vennootschap de toepassing van de overdrachtsbeperkingen effectief verhinderde<sup>689</sup> omdat dit niet resulteerde in een ‘geïsoleerde’ aandelenoverdracht. In een tweede fase aanvaardde het hof echter het principe dat de overdrachtsbeperkingen die voorzien zijn voor de aandelen die zich in het vermogen van de fuserende of splitsende vennootschap bevinden wel degelijk van toepassing kunnen zijn op de overdracht onder algemene titel waartoe de herstructurering leidt. Het hof beschouwt dit als een interpretatiekwestie<sup>690</sup>. Een arrest van 6 mei 2003 bevestigt nogmaals deze visie<sup>691</sup>.

---

<sup>687</sup> G. KEUTGEN en J.F. TOSSENS, “La nouvelle loi sur les fusions et les scissions”, *JT* 1994, (345) 351; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT en Ph. MALHERBE, *Droit des sociétés. Précis*, Brussel, Bruylant, 2009, 980, nr. 1544.

<sup>688</sup> Cf. art L.228-23 van de Franse Code de Commerce.

<sup>689</sup> Cass. com. (fr.) 19 april 1972, *D* 1972, 538, noot D. SCHMIDT.

<sup>690</sup> Cass. com. (fr.) 3 juni 1986, *Rev. Soc.* 1987, noot Y. REINHARD (t.a.v. een statutaire goedkeuringsclausule).

<sup>691</sup> Cass. com. (fr.) 6 mei 2003, AR 01-12.567, nr. JurisData: 2003-018972 (“qu’après avoir exactement énoncé que la fusion absorption ne figure pas expressément au nombre des actes pour lesquels la clause d’agrément est interdite par [l’article L 228-23 du Code de commerce], c’est par une appréciation souveraine du sens et de la portée de l’article 13 des statuts de la société Laboratoires Yves Rocher que

De gebruikte bewoordingen laten geen twijfel bestaan: partijen kunnen naar Frans recht overeenkomen om *toute forme de transfert des titres* te onderwerpen aan een goedkeuringsclausule.

De reden voor het verschil in behandeling met de aandelen van de vennootschap die het voorwerp van de herstructurering uitmaakt is dat dergelijke aandelen deel uitmaken van de activa van de rechtspersoon. Het leidt daardoor geen enkele twijfel dat zij samen met alle andere rechten en plichten onder algemene titel worden overgedragen. De vraag of de overdrachtsbeperkingen van toepassing zijn op deze overdracht kan bijgevolg alleen maar bevestigend worden beantwoord. Gevolg daarvan is dat de eventuele goedkeuring tot overdracht moet worden verleend, dat een eventueel recht op voorkoop mag worden uitgeoefend en dat de overdracht niet toegelaten is in geval van een onoverdraagbaarheidsclausule. Deze oplossing leidt tot twee ongemakken in de praktijk. Ten eerste wordt de overgenomen of gesplitste vennootschap ontbonden naar aanleiding van de herstructurering. De miskenning van een overdrachtsbeperking is moeilijk in natura te remediëren, omdat dit als dusdanig geen grondslag oplevert voor de nietigverklaring van een fusie. In plaats daarvan kunnen de rechten die aan de aandelen verbonden zijn tijdelijk worden geschorst totdat de termijn van de onoverdraagbaarheid is verstreken of totdat de periode van de goedkeurings- of voorkoopprocedure van (naar Belgisch recht) maximaal zes maanden een einde heeft genomen. Geen van de overdrachtsbeperkingen kan immers eeuwigdurend zijn. Ten tweede is de vraag of een specifieke overdrachtsbeperking zich uitstrekt tot de herstructurering van een rechtspersoon-aandeelhouder een feitenkwesitie. Dit kan tot gevolg hebben dat gelijkaardige clausules anders worden geïnterpreteerd door verschillende bodemrechters. Dit laatste ongemak wordt, zoals steeds in het contractenrecht, vermeden door duidelijke afspraken te maken.

#### 4.4.1 Stemovereenkomst

**199. Stemovereenkomst als wapen tegen een herstructurering.** De niet-toepasbaarheid van conventionele overdrachtsbeperkingen op een herstructurering creëert een risico tot uitholling van de geheimhoudingsplicht. Een onderneming kan de overdrachtsbeperkingen op haar aandelen dan desgevallend omzeilen door een herstructurering te ondergaan (of door deze zelf uit te voeren en zo concurrerende activiteiten te verwerven). In die hypothese biedt het arsenaal van het vennootschapsrecht echter nog een wapen om de herstructurering te voorkomen. De informatieverstrekker kan zich indekken tegen een herstructurering door een voldoende grote meerderheid<sup>692</sup> van de aandeelhouders van de informatieontvanger

---

la cour d'appel a, par motifs propres et adoptés, retenu qu'en décidant que 'la transmission de toute action ou certificat d'investissement à un tiers non actionnaire est soumise au droit d'agrément du conseil d'administration', les associés de la société Laboratoires Yves Rocher ont entendu soumettre à l'agrément toute forme de transfert des titres et non pas seulement la cession entre vifs").

<sup>692</sup> Bv. minstens één vierde plus één van het totaal aantal stemmen (art. 712, §1 W.Venn.). De statuten van de rechtspersoon kunnen bovendien hogere drempels opleggen aan de operatie dan de wettelijke bepalingen. Zie voor de mogelijkheid tot uitvoering in natura van stemovereenkomsten: A. COIBION, *Les conventions d'actionnaires en pratique*, Brussel, Larcier, 2010, 29-32; L. VAN CANEGHEM, "L'exécution force en nature des conventions de vote dans la société anonyme", *Rev. Prat. Soc.* 1996,

contractueel te verplichten om tegen elk herstructureringsvoorstel te stemmen. De beslissingsvrijheid van de aandeelhouders om een voorstel tot herstructurering goed te keuren, kan worden beperkt door een stemovereenkomst. De stemovereenkomst heeft namelijk uitsluitend betrekking op de uitoefening van het stemrecht dat aan de aandelen verbonden is en daar is geen aandelenoverdracht mee gemoeid. Artikel 551 W.Venn. regelt de geldigheidsvoorwaarden en rechtsgevolgen van de stemovereenkomst. De stemovereenkomst wordt toegelaten voor zover zij beperkt is in de tijd en continu verantwoord blijft op grond van het vennootschapsbelang<sup>693</sup>.

**200. Statuut van niet-aandeelhouders als contractspartij bij de stemovereenkomst.** Artikel 551 W.Venn.<sup>694</sup> verklaart zich van toepassing op ‘aandeelhoudersovereenkomsten’<sup>695</sup>. Die notie beperkt zich strikt genomen tot overeenkomsten tussen de aandeelhouders onderling. De rechtsleer aanvaardt echter dat aandeelhouders ook dergelijke overeenkomsten mogen aangaan met derden<sup>696</sup>. Wanneer men ervan uit zou gaan dat dergelijke overeenkomsten niet onderworpen zijn aan artikel 551 W.Venn., worden zij geregeld door het gemene recht. Dit zou tot gevolg hebben dat stemovereenkomsten met derden aan minder strenge voorwaarden zijn onderworpen dan stemovereenkomsten tussen aandeelhouders<sup>697</sup>. Daar is geen pertinente reden voor, zodat het consequenter is om stemovereenkomsten *met* aandeelhouders op dezelfde wijze te behandelen als de stemovereenkomsten *tussen* aandeelhouders. Een beperking tot aandeelhoudersovereenkomsten *sensu stricto* zou bovendien in de meeste gevallen<sup>698</sup> een louter formele hindernis opleveren die de

---

31-59; J.M. NELISSEN GRADE, “De la validité et de l’exécution de la convention de vote dans les sociétés commerciales” (noot onder Cass. 13 april 1989), *RCJB* 1991, (214) 252-257.

<sup>693</sup> Zie over de notie vennootschapsbelang onder meer: A. FRANÇOIS, *Vennootschapsbelang*, Antwerpen, Intersentia, 1999, 795p., in het bijzonder 529, nr. 406 *et seq.*; J.M. NELISSEN GRADE, “Goedkeurings- en voorkoopclausules in de naamloze vennootschap – overeenkomsten betreffende de uitoefening van het stemrecht” in *NV en BVBA na de wet van 18 juli 1991*, Kalmthout, Biblo, 1992, (55) 85-86.

<sup>694</sup> Zie uitgebreid over dit artikel: A. COIBION, 78 *et seq.*

<sup>695</sup> Zie voor algemene richtlijnen over het opstellen van dergelijke overeenkomsten in een internationale context: J.-Y. TROCHON en N. CURTIS, “Negotiating and drafting shareholders’ agreements”, *RDAI* 2005, 135-152.

<sup>696</sup> I. CORBISIER, “La société et ses associés” in *Droit des sociétés: les lois des 7 et 13 avril 1995*, Bruylant, Brussel, 1995, (105) 168; J.M.M. MAEIJER, “Stemovereenkomsten van aandeelhouders naar Belgisch en Nederlands recht” in *Liber Amicorum Prof. dr. G. Baeteman*, Deurne, Kluwer, 1997, (181) 189; F. HELLEMANS, “Stemovereenkomsten naar Belgisch recht” in H.-J. DE KLUIVER en J. WOUTERS (eds.), *Beginselen van vennootschapsrecht in binationaal perspectief*, Intersentia, Antwerpen, 1998, (185) 200; M. KOELEMEEIJER, “Aandeelhouders en (stem)overeenkomsten” in *Beginselen van vennootschapsrecht in binationaal perspectief*, (205) 207 en 211-212; O. CAPRASSE en R. AYDOGDU, “Contrôle et pactes d’associés” in G.-A. DAL (ed.), *Contrôle, stabilité et structure de l’actionnariat*, Brussel, Larcier, 2009, (120) 146. Zie specifiek wat Nederland betreft: Hoge Raad 19 februari 1960 (Aurora), *NJ* 1960, 473, conclusie LANGEMEIJER en noot H.B.; A.M. BRENNINKMEIJER, *Stemovereenkomsten van aandeelhouders*, Deventer, Kluwer, 1973, 63-64, 87-90 en 114-115.

<sup>697</sup> Meer bepaald de voorwaarden die werden uitgewerkt door de rechtspraak (Cass. 13 april 1989, *TRV* 1989, 321, noot M. WYCKAERT), waar slechts een niet-strijdigheid met het vennootschapsbelang wordt vereist in plaats van een continu positief vennootschapsbelang zoals in artikel 551 W.Venn.

<sup>698</sup> Behoudens de werking van goedkeurings- of voorkoopclausules. Onvervreemdbaarheidsclausules zullen echter niet kunnen worden tegengeworpen. De stemovereenkomst moet namelijk aan dezelfde voorwaarden (beperkt in de tijd, voortdurend vennootschapsbelang) voldoen als het vervreemdingsverbod (art. 510 W.Venn.).



betrokken derde reeds kan omzeilen door één aandeel in de vennootschap aan te houden.

**201. Geen strijdigheid met Wetboek van Vennootschappen.** Een stemovereenkomst die de aandeelhouders verplicht om tegen een herstructureringsvoorstel te stemmen is verenigbaar met de bepalingen van het Wetboek van Vennootschappen. De artikelen van boek XI schrijven alleen de wijze voor waarop de beslissing moet worden genomen. Dit moet meer bepaald gebeuren door de algemene vergadering. De loutere aanwijzing van het bevoegde orgaan, de regeling van de procedure en van de kiesdrempels impliceert echter niet dat de leden van de vergadering geen contractuele engagementen op zich kunnen nemen die (tijdelijke) beperkingen opleggen aan hun stemgedrag in die vergadering.

Als bijkomende bescherming kunnen de statuten van de bij de herstructurering betrokken vennootschappen ten slotte nog strengere voorwaarden opleggen dan de aanwezigheid van de helft van het kapitaal in de eerste stemronde en de drievierde meerderheid om het voorstel tot herstructurering goed te keuren.

#### 4.4.2 Controlewijzigingsclausules

**202. Verwerving van invloed in de algemene vergadering van de aandeelhouders.**

Een minder opvallende strategie dan de herstructurering van vennootschappen bestaat in het opbouwen van invloed in de informatieontvangende rechtspersoon. Dit gebeurt via de aanschaf van effecten die, al dan niet op termijn, stemrecht verlenen in de algemene vergadering van de aandeelhouders<sup>699</sup>. De principiële vrije verhandelbaarheid van aandelen in naamloze vennootschappen (476 W.Venn.) laat aanzienlijke verschuivingen toe in hun aandeelhouderstructuur<sup>700</sup> en maakt de vennootschap kwetsbaar voor een sluikse identiteitswijziging. Deze verandering van controle leidt in beginsel tot het verval van de *intuitu socii* (resp. in hoofde van de bestuurders of andere organen) aangegane overeenkomsten<sup>701</sup>. De contractspartijen kunnen rechtsonzekerheid over het precieze karakter van hun overeenkomst of de gevolgen van de controlewijziging vermijden door een controlewijzigingsclausule aan te gaan.

**203. Risico's van de verandering van controle.** Aandeelhouders hebben niet tot in detail toegang tot het reilen en zeilen van de onderneming<sup>702</sup>. Zij houden de

---

<sup>699</sup> Een andere mogelijkheid is het sluiten van stemovereenkomsten. De afdwingbaarheid van die overeenkomsten is echter twijfelachtig. De intenties van de derde die de invloed tracht te verwerven, riskeren namelijk in te gaan tegen het vennootschapsbelang. Zie art. 551 W.Venn. en *infra* randnr. 199.

<sup>700</sup> De overdracht van aandelen in andere vennootschapsvormen zijn onderworpen aan restrictievere bepalingen. Zie art. 249-252 W.Venn. voor de overdracht van aandelen in een BVBA.

<sup>701</sup> Zie D. MAINGUY, "Cession de contrôle et sort des contrats de la société cédée", *Rev. Soc.* 1996, 17.

<sup>702</sup> Zij hebben weliswaar recht op bepaalde informatie en het recht om vragen te stellen aan de bestuurders met betrekking tot hun verslag of de agendapunten van de algemene vergadering. De bestuurders hoeven deze vragen echter niet te beantwoorden in de mate dat dit de vennootschap ernstig nadeel zou berokkenen (art. 540, W. Venn.; M. FYON, "Portée, limites et sanctions des droits subjectifs des actionnaires à l'obtention de certaines informations spécifiquement définies par le législateur" in O. CAPRASSE (ed.), *Preuve et information dans la vie des sociétés*, Brussel, Larcier, 2010, 223-280, in het

onderneming wel onrechtstreeks in hun greep. De aandeelhouders beschikken namelijk over het prerogatief om de bestuurders of zaakvoerders te benoemen of af te zetten (voor de NV: artt. 518, §3 en 531 W.Venn.; voor de BVBA: artt. 256 en 266 W.Venn.). Die bestuurders of zaakvoerders bepalen op hun beurt de koers van de onderneming en beschikken bovendien over een vrij uitgebreid individueel controlerecht<sup>703</sup>. Dit biedt hen de nodige beweegruimte om de geheimhoudingsovereenkomst *de facto* te miskennen. De verandering van controle heeft noch een impact op de juridische structuur van de rechtspersoon, noch op diens vermogen. Een controlewijziging gaat dan ook niet gebukt onder de toestemmings- of publiciteitsvoorwaarden die voorzien zijn voor de herstructurering van ondernemingen.

Indien de onderhandelingspositie van de meester van het geheim te zwak is om een overdrachtsbeperking op de aandelen of een stemovereenkomst in die zin te sluiten, kan hij trachten om een controlewijzigingsclausule op te nemen in de geheimhoudingsovereenkomst. De doelstelling van deze clausule is niet meer om de controlewijziging *an sich* te verbieden, maar om deze te ontmoedigen of minstens de geheime informatie te beschermen. De controlewijziging heeft namelijk tot gevolg dat de gebruiksrechten op de informatie vervallen terwijl de geheimhoudingsplicht blijft voortbestaan.

---

bijzonder 254 *et seq.*; K. GEENS en M. WYCKAERT, “Discretie of transparantie in het vennootschapsbelang: spreken is zilver, zwijgen blijft goud?” in *Van alle markten: liber amicorum Eddy Wymeersch*, Antwerpen, Intersentia, 2008, (523) 527-529; H. BRAECKMANS, “Het vraagrecht van de aandeelhouder in de algemene vergadering” in *Liber Amicorum Lucien Simont*, Brussel, Bruylant, 2002, 527-535. De onderworpenheid van de onderneming aan een geheimhoudingsplicht ten aanzien van haar medecontractant kan bijvoorbeeld de geheimhouding van informatie over de overeenkomst in kwestie rechtvaardigen (*cf.* L. SIMONT, “Le devoir d’information. Sanctions et responsabilités” in *L’entreprise et ses devoirs d’information en matière économique et sociale*, Brussel, Bruylant, 1979, (355) 373-374). Zie tevens in het algemeen: J. VAN UYTVANCK, “L’entreprise et son devoir permanent d’information vis-à-vis des actionnaires. Des lois coordonnées sur les sociétés commerciales (1935) à la loi du 24 mars 1978” in *L’entreprise et ses devoirs d’information en matière économique et sociale*, Brussel, Bruylant, 1979, 105-122; R. HENRION, “Rapport sur le secret des affaires en droit belge” in *Le secret et le droit. Travaux de l’Association Henri Capitant*, Parijs, Dalloz, 1976, (195) 211-217; G. KEUTGEN, “L’information des actionnaires”, *Ann. dr. Louvain* 1985, 183-199; K. GEENS, “Over de uitgestrektheid van de individuele onderzoeks- en controlebevoegdheid van de vennoot en over zijn vertegenwoordiging door een accountant” (noot onder Voorz. Kh. Dendermonde 1 maart 1989), *TRV* 1989, 224-227. Van Ommeslaghe en Clevenbergh merken ten slotte op dat de informatieverstrekking aan de aandeelhouders “functioneel” is (m.a.w. doelgebonden). Zij mogen de informatie niet gebruiken of verspreiden buiten de doelstellingen van de verstrekking (P. VAN OMMESLAGHE, “L’acquisition du contrôle d’une société anonyme et l’information de l’acquéreur” in *Mélanges Roger O. Dalcq*, Brussel, Larcier, 1994, (591) 603; O. CLEVENBERGH, “La communication d’informations confidentielles dans le cadre des ‘due diligence’, en particulier dans le cas des sociétés cotées”, *TBH* 2005, (115) 136-138).

<sup>703</sup> Ook dit controlerecht is weliswaar niet onbeperkt: *cf.* Voorz. Kh. Brussel 21 juni 1968, *JDSC* 1999, 116, noot C. BERTSCH (“Que le droit d’investigation de l’administrateur, agissant isolément, doit être admis mais qu’il ne se conçoit que dans certaines limites. [...] Qu’il en est spécialement ainsi lorsque, comme en l’espèce, l’administrateur demandeur représente un actionnaire minoritaire, étant une société directement concurrente de la défenderesse”). Zie tevens L. SIMONT, “L’administrateur d’une société anonyme agissant isolément a-t-il un droit d’investigation individuelle?”, *RPS* 1963-64, 189-203 en in het bijzonder 198; E. POTTIER en L. CULOT, “Droit à l’information et pouvoir d’investigation des administrateurs” in O. CAPRASSE (ed.), *Preuve et information dans la vie des sociétés*, Brussel, Larcier, 2010, 281-310.

#### 4.4.2.1 Algemeen

**204. Controlewijzigingsclausules viseren een wijziging *in* de medecontractant en niet van de medecontractant.** Controlewijzigingsclausules zijn geen overdrachtsclausules in de strikte zin<sup>704</sup>. Deze laatste viseren de wijziging *van* de medecontractant door de overdracht van de overeenkomst uit te sluiten of te beperken. Zij verhinderen dat de medecontractant op ongecontroleerde wijze derden als nieuwe of bijkomende contractspartij kan betrekken bij de rechten en plichten die uit de overeenkomst voortvloeien. Controlewijzigingsclausules viseren daarentegen wijzigingen *in* de medecontractant. Zij beschermen de medecontractant tegen identiteitswijzigingen die de kenmerken van de rechtspersoon *de iure* onverlet laten<sup>705</sup>. Feitelijke wijzigingen hebben tot gevolg dat de medecontractant ogenschijnlijk dezelfde blijft, zodat geen enkel bezwaar lijkt te rijzen tegen de voortzetting van de overeenkomst. Rechtspersonen worden echter steeds gecontroleerd door natuurlijke personen (desnoods onrechtstreeks, via andere rechtspersonen). De wijziging in de identiteit van deze controlehouders, of in hun onderlinge machtsverhoudingen, kan een aanzienlijke weerslag hebben op het toekomstige bestuur en de betrouwbaarheid van de rechtspersoon. De medecontractant kan bijgevolg, wanneer men verder kijkt dan de juridische façade, *de facto* een nieuwe contractspartij opgedrongen krijgen waarmee hij nooit vrijwillig zou contracteren. De meester van het geheim kan zich via controlewijzigingsclausules indekken tegen dergelijke identiteitswijzigingen van de informatieverkrijger.

De hierna volgende analyse van de controlewijzigingsclausule wordt, gelet op de globale invalshoek van het onderzoek, beperkt tot haar rol als beschermingsinstrument voor de belangen van de medecontractanten van de rechtspersoon bij een geheimhoudingsovereenkomst. Een andere functie van controlewijzigingsclausules is de bescherming van de rechtspersoon zelf tegen een vijandige controleverwerving, ongeacht de eventuele belangen van diens medecontractant. Dit verklaart de principiële (*infra* randnr. 218) onderworpenheid van deze clausules naar Belgisch recht aan art. 556 W. Venn.<sup>706</sup>. De belasting van de sleutelovereenkomsten van de onderneming met een controlewijzigingsclausule kan een geïnteresseerde overnemer doen afzien van zijn vijandig bod. Zij hollen de reële waarde van de onderneming

---

<sup>704</sup> P. BLANCHARD, “Les clauses de changement de contrôle, instruments de stabilisation et de sauvegarde”, *RDAI* 2006, (159) 161.

<sup>705</sup> A. KREIS, *Le savoir-faire (know-how) et sa transmission entre entreprises en vue de la reproduction d’une réalisation de technologie industrielle commercialisée*, thesis universiteit Parijs II, 1985, II, 447, nr. 267.3.

<sup>706</sup> Cf. M. DALLE, “Standpunt: artikel 556 van het wetboek van vennootschappen is toepasselijk op elk beding inzake controlewijziging (change of control clause) ten laste van een naamloze vennootschap”, *TRV* 2004, (87), nrs. 4, 9 en 12. Dit standpunt is echter bekritiseerd. Zie hieromtrent o.m. M. FYON, “Contrôle et mesures anti-OPA” in G.A. DAL (ed.), *Contrôle, stabilité et structure de l’actionnariat*, Brussel, Larcier, 2009, (291) 299-301.

immers uit. Zo maakt de rechtsleer melding van een geval waarbij een softwarebedrijf een controlewijzigingsclausule had opgenomen in de licentieovereenkomsten die zij sloot met haar cliënteel. De clausule zou in werking treden wanneer de investeringen in de dienstverlening na verkoop werden verminderd binnen een termijn van vier jaar na een controlewijziging. De clausule werd gekoppeld aan de verplichting om een veelvoud van de betaalde licentievergoedingen terug te storten aan het cliënteel<sup>707</sup>. De geïnteresseerde partij zal namelijk minder bereid zijn om de volle prijs van de aandelen te betalen wanneer die waarde vervolgens zal afnemen door de inwerkingtreding van de controlewijzigingsclausule.

**205. Controlewijzigingsclausules zijn *intuitu personae* clausules.**

Controlewijzigingsclausules stipuleren dat de wijziging van de controle over de rechtspersoon leidt tot de beëindiging van de overeenkomst waarin zij werden opgenomen. Zij (be)vestigen het *intuitu personae* karakter van de overeenkomst in hoofde van de algemene vergadering, de raad van bestuur of andere vennootschapsorganen<sup>708</sup>, terwijl overdrachtsclausules een *intuitu personae* karakter in hoofde van de rechtspersoon als dusdanig zouden (be)vestigen. Zo kan de geheimhoudingsovereenkomst een controlewijzigingsbeding bevatten omdat de betrouwbaarheid van de personen die de onderneming controleren een doorslaggevende factor is voor de contractsluiting. Dit biedt een kwaliteitsgarantie voor de voortdurende solvabiliteit, dienstverlening en/of betrouwbaarheid van de medecontractant.

**206. Controlewijzigingsclausules zijn opzegbedingen of bedingen die een niet-retroactieve ontbindende voorwaarde stipuleren.** De bescherming van de informatieverstrekker bestaat niet uit een totaalverbod op de overdracht van de controle. De eigenlijke overdracht blijft mogelijk. Een dergelijk verbod kan alleen maar worden bereikt via conventionele beperkingen op de vrije overdraagbaarheid van de aandelen en dit vereist de medewerking van de aandeelhouders (art. 510-512 W.Venn.). De controlewijzigingsclausule ontmoedigt slechts de controlewijziging door nadelige gevolgen te koppelen aan het vermogen van de rechtspersoon. De *beëindiging* van een licentieovereenkomst van *knowhow* die onmisbaar is voor een substantieel deel van de gerealiseerde omzet zal de overname bijvoorbeeld een stuk minder interessant maken, zonder deze te verbieden. De concrete omvang van de waardevermindering wordt bepaald door het belang van de overeenkomst voor de activiteiten van de rechtspersoon.

---

<sup>707</sup> J. ARLEN en E. TALLEY, "Unregulable defenses and the perils of shareholder choice", *UPALR* 2003, (557) 622-623 (152 *UPALR* 557).

<sup>708</sup> Zie *supra* randnr. 107 waaruit bleek dat de overeenkomst met een rechtspersoon *intuitu personae* in hoofde van de bestuurders of zaakvoerders kan worden gesloten. Zie tevens P. BLANCHARD, "Les clauses de changement de contrôle, instruments de stabilisation et de sauvegarde", *RDAL* 2006, (159) 161; H. DUBOUT, "Les clauses de changement de contrôle" in *Les grandes clauses des contrats internationaux*, Brussel, Bruylant, 2005, (323) 329-334; S. PRAT, *Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières*, Parijs, Litec, 1992, 46; A. KREIS, *Le savoir-faire (know-how) et sa transmission entre entreprises en vue de la reproduction d'une réalisation de technologie industrielle commercialisée*, thèse universiteit Parijs II, 1985, II, 445, nr. 267.1.

De clause bestaat uit de koppeling van de overeenkomst aan een discretionair opzeggingsrecht dat in werking treedt of aan een ontbindende (al dan niet retroactieve) voorwaarde die is vervuld indien de rechtspersoon een controlewijziging ondergaat<sup>709</sup>. Dit tijdstip kan worden aangemerkt als startpunt van postcontractuele geheimhoudings- en niet-concurrentieplichten. De beëindiging kan ook worden gekoppeld aan een voorkooprecht of betaling van een beëindigingsvergoeding. Een alternatieve analyse is om de controlewijzigingsclause te beschouwen als een clause over de gevolgen van het verval van de oorzaak *na* de contractsluiting. Een kwalificatie als ontbinding wegens wanprestatie is niet aan de orde omdat de verandering van de controle als dusdanig geen wanprestatie is.

**207. Selectieve beëindiging (of aanpassing) van de overeenkomst.** De clause kan voorzien dat de contractuele basisverhouding verdwijnt of opzegbaar (of desgevallend slechts aangepast) wordt door de controlewijziging<sup>710</sup>. De inwerkingtreding van de clause heeft tot gevolg dat het gebruiksrecht van de rechtspersoon op de informatie wegvalt. Daarnaast ontstaat een postcontractuele geheimhoudingsplicht en een restitutie- of vernietigingsplicht ten aanzien van de informatie. Het daadwerkelijke nut van de clause is vooral te situeren bij de eerste twee verplichtingen. Het gevaar blijft reëel dat de nieuwe controlehouder zich via de overname wel degelijk toegang verschafft tot de vertrouwelijke informatie. Geen enkele praktische maatregel garandeert immers de correcte en volledige uitwissing van het geheugen van de onderneming. Die dreiging wordt echter gemilderd door het feit dat de nieuwe controlehouder meteen wordt geconfronteerd met een geheimhoudings- en niet-concurrentieplicht.

De beëindiging van de overeenkomst kan worden geconcipieerd als een automatisme (ontbindende voorwaarde) of als een keuzerecht (discretionair opzeggingsrecht) voor de schuldeiser van het beding. Deze partij kan tevens een uitdrukkelijke mogelijkheid tot goedkeuring van de controlewijziging stipuleren<sup>711</sup> (niet in de zin van een recht om de wijziging als dusdanig te verbieden, maar slechts voor het al dan niet in werking laten treden van de rechtsgevolgen van de controlewijzigingsclause).

**208. Mogelijkheid tot uitoefening voorkooprecht.** De controlewijziging kan worden gekoppeld aan een voorkooprecht<sup>712</sup>. Dergelijke clauses worden vooral bedongen in *joint ventures*. Clauses met voorkooprecht sluiten de mogelijkheid van een controleverwerving evenmin uit, maar dankzij het voorkooprecht krijgt de medecontractant wel een kans om de activiteiten van de joint venture af te schermen. Ook hier valt niet met zekerheid uit te sluiten dat de derde materieel toegang krijgt tot

---

<sup>709</sup> M. DALLE, "Standpunt: artikel 556 van het wetboek van vennootschappen is toepasselijk op elk beding inzake controlewijziging (change of control clause) ten laste van een naamloze vennootschap", *TRV* 2004, (87), nr. 6.

<sup>710</sup> P. BLANCHARD, "Les clauses de changement de contrôle, instruments de stabilisation et de sauvegarde", *RDAI* 2006, (159) 186-188.

<sup>711</sup> Cf. voor Frankrijk: Ch. BOURGEON, "À propos des clauses d'intuitus personae", *RDC* 2004, 499.

<sup>712</sup> P. BLANCHARD, "Les clauses de changement de contrôle, instruments de stabilisation et de sauvegarde", *RDAI* 2006, (159) 179-184.

de informatie waarover de voormalige partner beschikt, met inbegrip van de in het raam van de joint venture verkregen informatie.

**209. Beëindigingsvergoeding.** Bedingen die de controlewijziging koppelen aan de betaling van een beëindigingsvergoeding gaan nog een stap verder. Die strategie verhoogt niet alleen de ontmoedigende functie van het controlewijzigingsbeding, zij compenseert bovendien de risico's die inherent zijn aan een potentiële uitbreiding van de kring van geheimplichtigen. De geoorloofdheid en de modaliteiten van dergelijke bedingen zijn in hoge mate afhankelijk van hun kwalificatie als schadebeding.

Controlewijzigingsbedingen met beëindigingsvergoeding hebben, in de huidige stand van het Belgische recht<sup>713</sup>, niet het statuut van schadebeding. Het gaat immers om een betaling voor de beëindiging van de overeenkomst en niet ter remediëring van een wanprestatie. Het gevolg van die vaststelling is dat de beëindigingsvergoeding doorgaans niet onderworpen is aan de gemeenrechtelijke regels van het schadebeding. De kwalificatie van schadebeding vereist namelijk dat de vergoeding wordt bedongen ter remediëring van een wanprestatie (art. 1226 BW). Een controlewijziging vertaalt zich bovendien sowieso niet in een tekortkoming die toerekenbaar is aan de medecontractant. Controlewijzigingsbedingen worden doorgaans opgenomen in de overeenkomst met de rechtspersoon. De rechtspersoon heeft echter geen greep op de controlewijzigingen die op haar worden uitgeoefend. De controlewijziging gebeurt onder impuls van de aandeelhouders via een verschuiving in de aandeelhouderstructuur of een coördinatie van het stemgedrag. De aandeelhouders begaan pas een contractuele wanprestatie indien zij zich persoonlijk hebben verbonden tot de niet-overdracht. Dit is niet het geval voor de verbintenissen die zijn aangegaan door de rechtspersoon (art. 61, §1 W.Venn.). Van persoonlijke gebondenheid is pas sprake indien de aandeelhouders zich rechtstreeks tegenover de informatieverstrekker verbinden om de controle over de vennootschap te behouden. Dit kan gebeuren via conventionele beperkingen op de overdraagbaarheid van de effecten van de vennootschap (art. 510 W.Venn.) of via stemovereenkomsten (art. 551, §1 W. Venn.).

De vergoeding is in beginsel slechts een deel van de tegenprestatie voor de contractsluiting. De informatieverstrekker riskeert in een slechtere positie terecht te komen bij een controlewijziging over zijn medecontractant en compenseert dit door een vergoeding te bedingen waarvan de opeisbaarheid is opgeschort tot de materialisatie van het risico. De vergoeding is een garantieverbintenis in hoofde van de rechtspersoon om de nadelige gevolgen van de beëindiging voor de informatieverstrekker te dragen, ook al is de controlewijziging een overmachtsituatie voor de schuldenaar. De rechtspersoon is niet verplicht om elke controlewijziging te voorkomen -hij zou die verbintenis onmogelijk kunnen nakomen- maar wel om de informatieverstrekker te vrijwaren indien een wijziging zou plaatsvinden.

---

<sup>713</sup> Het onderscheid tussen schadebedingen en andere bedingen die in wezen een schadevergoedend karakter hebben, wordt sterk bekritiseerd. Zie H. SCHELHAAS, "Opzegbeding versus strafbeding" (noot onder 22 oktober 2003), *TBH* 2005, (102) 104.

**210. Beperkingen aan de uitoefening van de clause.** Een contractueel recht moet steeds te goeder trouw worden uitgeoefend. Ook de weigering om de controlewijziging (of andere identiteitswijziging) goed te keuren is vatbaar voor rechtsmisbruik<sup>714</sup>. Indien de conventionele wijzigingsdrempel erg laag wordt gelegd, riskeert het beroep op de clause een disproportioneel nadeel te veroorzaken in hoofde van de vennootschap. Dit laat de rechter toe om de uitoefening van de clause te matigen wegens rechtsmisbruik<sup>715</sup>, doch zonder dat de principiële geldigheid van de clause in het gedrang komt.

#### 4.4.2.2 Modaliteiten van de regeling

**211. Draagwijdte.** Vage controlewijzigingsclausules kunnen verwarring veroorzaken over de draagwijdte van de regeling (en lopen dan volgens een opvatting in de rechtsleer het risico om niet te worden toegepast bij de overdracht naar aanleiding van een herstructurering – *cf. supra* randnr. 196). De clause kan geconcipieerd zijn als een *one shot* procedure waarbij de clause een einde neemt zodra de controlewijziging één keer werd toegestaan of als een universeel toepasbare procedure die van toepassing is op elke controlewijziging die plaatsvindt tijdens het bestaan van de overeenkomst. In het laatste geval is de goedkeuring van de beschermde partij vereist voor elke controlewijziging, niet alleen voor de eerste. Een clause die de goedkeuringsvereiste in algemene bewoordingen voorschrijft, en haar werking dus niet specifiek beperkt tot de oorspronkelijke controlewijziging, mag worden geacht van toepassing te zijn op elke controlewijziging. De normale doelstelling van dergelijke clausules is immers het voorkomen dat de beschermde partij via een controlewijziging wordt geconfronteerd met een partij die voor haar onaanvaardbaar is. Gelet op die doelstelling valt uit de eerste instemming met een controlewijziging geen enkele instemming af te leiden met alle daaropvolgende controlewijzigingen. Een restrictieve interpretatie die de werking van de clause behoudens uitdrukkelijke afwijking stopzet na de instemming met de eerste controlewijziging riskeert het nut van de bescherming uit te hollen. De beschermde partij zou in die hypothese immers geen enkel verweer hebben tegen een daarop volgende controlewijziging ten voordele van een ditmaal voor haar onaanvaardbare partij.

Een Australische zaak biedt een interessante illustratie van dit interpretatieprobleem<sup>716</sup>. Twee vennootschappen waren gezamenlijk in een *joint venture* gestapt met een derde vennootschap. De *joint venture* overeenkomst bevatte een *change of control clause* die stipuleerde dat een controlewijziging bij gebrek aan goedkeuring van de medecontractant het recht voor die partij opende om het belang van de *defaulting party* in de *joint venture* over te nemen. De controle in feite over de twee vennootschappen wijzigde op een gegeven moment ten opzichte van de situatie ten tijde van de

---

<sup>714</sup> Cour d'appel Parijs (5<sup>e</sup> kamer) 25 januari 1995, AR 17113/93, Polyfilla / Consortium SPSA, *Bull. Joly Soc.* 1995, 413, noot A. COURET (nr. JurisData: 1995-600233); Ch. BOURGEON, "À propos des clauses d'intuitus personae", *RDC* 2004, 499; P. BLANCHARD, "Les clauses de changement de contrôle, instruments de stabilisation et de sauvegarde", *RDAI* 2006, (159) 179-184.

<sup>715</sup> A. COURET, "Les clauses de changement de contrôle dans les SA" (noot onder Cour d'appel Parijs (5<sup>e</sup> kamer) 25 januari 1995, AR 17113/93), *Bull. Joly Soc.* 1995, 413.

<sup>716</sup> Supreme Court of Queensland, Court of Appeal, *Pauls Trading P/L & Anor v Norco Co-Operative Ltd.*, 2006 QCA 128.

contractsluiting. De derde vennootschap besloot echter géén gebruik te maken van de optie om het belang van de twee andere vennootschappen in de *joint venture* over te nemen. Vervolgens vond echter een tweede wijziging in de controle plaats en ditmaal beriep de derde vennootschap zich wel op de optie. De *defaulting parties* betwistten de toepassing van de clause in onderhavig geval. Zij voerden aan dat de clause niet meer van toepassing was zodra de controle over een contractspartij was gewijzigd ten opzichte van de situatie ten tijde van de contractsluiting en de tegenpartij afzag van de uitoefening van de koopoptie. Vertrekkend van die redenering voerden zij aan dat een controlewijziging die volgde op de eerste controlewijziging geen enkele pertinentie meer had voor de uitoefening van het optierecht. Het *Supreme Court of Queensland* volgde die redenering niet. Het hof stelde dat de bewoordingen van de clause weliswaar dubbelzinnig waren, maar interpreteerde de clause in het licht van haar economische doelstelling. Die bestond uit het beschermen van de medecontractant bij de *joint venture* tegen derden waarvan de betrokkenheid onaanvaardbaar zou zijn. Dit bracht met zich mee dat de koopoptie beschikbaar moest zijn voor elke controlewijziging in plaats van enkel de eerste.

Het bestaan van een relevante wijziging dient te worden beoordeeld aan de hand van twee criteria: enerzijds de *identiteit* van de personen of instanties waarvan (of waardoor) de controle doorslaggevend is en anderzijds de *drempel* die bepaalt of de controle al dan niet is gewijzigd. Beide criteria kunnen worden ingevuld op basis van objectieve criteria dan wel op basis van een subjectieve invulling.

**212. Identiteit van de controlerende of gecontroleerde personen.** De controlewijziging kan uitdrukkelijk gekoppeld worden aan het *verlies* van bijvoorbeeld de controle *door de oorspronkelijke referentieaandeelhouders*:

**Voorbeeld:** “The term ‘material change’ in its shareholders shall mean any transfer or change which would result in the share of [A] or that of the [A] Group being directly or indirectly controlled by another private individual or legal entity who is not their reference shareholder. On the date of signature of this agreement, the parties agree to define [B] as the reference shareholder”<sup>717</sup>.

Naar analogie met de overdraagbaarheidsclausules, kan het toepassingsgebied van de controlewijzigingsclausules worden beperkt tot een *controleverwerving door specifieke personen zoals concurrenten van de medecontractant*. Hieraan kan worden toegevoegd dat de controle ook niet in handen mag komen van *concurrenten van het cliënteel of van de moeder- of dochtervennootschappen van de medecontractant*. De clause wordt ontworpen om in werking te treden naar aanleiding van een controlewijziging. Wat de omschrijving van de identiteit van rechtspersonen betreft, kan voor de concrete omschrijving worden verwezen naar richtlijnen voor de omschrijving van (groepen van) vennootschappen bij de toegestane uitvoeringsagenten (*supra* randnr. 142).

---

<sup>717</sup> P. BLANCHARD, “Les clauses de changement de contrôle, instruments de stabilisation et de sauvegarde”, *RDAI* 2006, (159) 170. De controlewijziging kan nog strenger worden geformuleerd door deze te koppelen aan een verbod op de overdracht van om het even welke aandelen binnen een bepaalde termijn na de contractsluiting (P. BLANCHARD, (159) 172).



**Voorbeeld:** “Each Party warrants that in the event of change of control of ownership of that Party (being defined as a change of control: a new shareholder – or several shareholders linked by a shareholder agreement – owning more than 50% of the voting rights) said Party will have to inform immediately the other Party and should this new shareholder be a competitor the other Party will have the right to terminate this Agreement anticipatory by giving a 30 days prior notice of termination”<sup>718</sup>.

**213. Omschrijving van de drempel - verwijzing naar wettelijke definities.** De goede werking van de clausule vereist in elk geval duidelijkheid over wat precies wordt bedoeld met de notie controlewijziging<sup>719</sup>. Partijen kunnen daarvoor een beroep doen op de wettelijke definitie van controle uit de vennootschapswetgeving<sup>720</sup> of een eigen regeling uitwerken. Het Belgische Wetboek van Vennootschappen (art. 5 tot 9 W.Venn) verstaat onder de notie ‘controle’ de bevoegdheid in rechte of in feite om een beslissende invloed uit te oefenen op de aanstelling van de meerderheid van de bestuurders of zaakvoerders of op de oriëntatie van het beleid. De controle is in rechte en wordt onweerlegbaar vermoed wanneer zij voortvloeit uit het bezit van de *meerderheid van de stemrechten* verbonden aan het totaal van de aandelen van de betrokken vennootschap, wanneer een vennoot het recht heeft de *meerderheid van de bestuurders of de zaakvoerders te benoemen of te ontslaan*, wanneer een vennoot *krachtens de statuten van de betrokken vennootschap of krachtens met die vennootschap gesloten overeenkomsten* over de controlebevoegdheid beschikt, of wanneer een vennoot op grond van *overeenkomsten met andere vennoten van de betrokken vennootschap beschikt over de meerderheid van de stemrechten* verbonden aan het totaal van de aandelen van de vennootschap. Dit is ook het geval bij gezamenlijke controle (art. 5, §2, 5° *juncto* art. 9, eerste lid W. Venn.). De controle is in feite wanneer zij uit andere factoren voortvloeit. Behoudens bewijs van het tegendeel wordt de controle vermoed wanneer de aandeelhouder op de voorlaatste en de laatste algemene vergadering van deze vennootschap stemrechten heeft uitgeoefend die de meerderheid vertegenwoordigen van de stemrechten verbonden aan de op deze algemene vergaderingen vertegenwoordigde aandelen. Het voordeel van deze definitie is dat zij een evenwichtige regeling biedt die enerzijds duidelijke, mathematisch drempels bevat die leiden tot vermoedens van controle (onweerlegbare vermoedens voor de criteria in rechte, weerlegbare criteria voor het vermoeden in feite), maar anderzijds de mogelijkheid laat voor belanghebbenden om, bij gebrek aan

---

<sup>718</sup> P. BLANCHARD, “Les clauses de changement de contrôle, instruments de stabilisation et de sauvegarde”, *RDAI* 2006, (159) 175.

<sup>719</sup> Zo stelt Selleslags dat bij een inbreng van bedrijfstak of algemeenheid een controlewijziging niet altijd vaststaat. In de mate dat de inbrengende vennootschap de verkrijger controleert, is van een inhoudelijke wijziging in de controle geen sprake. De contractspartij wijzigt weliswaar strikt formeel, maar indirect blijft de controle in handen van de oorspronkelijke aandeelhouder (K. SELLESLAGS, 150-151, nr. 232). Zie over de notie controle naar Belgisch recht: P.A. FORIERS, “Notion de contrôle et droit des groupes” in G.-A. DAL (ed.), *Contrôle, stabilité et structure de l'actionnariat*, Brussel, Larcier, 2009, (213) 259. Zie uitgebreid over de notie controle naar Frans recht: M.-P. BLIN-FRANCHOMME, *Essai sur la notion de contrôle en droit des affaires*, thèse université Toulouse, 1998, 592p., in het bijzonder 344 *et seq.*; J. PAILLUSSEAU, “La notion de groupe de sociétés et d’entreprises en droit des activités économiques”, *D* 2003, 2346-2351; J. PAILLUSSEAU, “La cession de contrôle”, *JCP G* 1986, I, 3224.

<sup>720</sup> Zie naar Frans recht: P. BLANCHARD, “Les clauses de changement de contrôle, instruments de stabilisation et de sauvegarde”, *RDAI* 2006, (159) 163 *et seq.*

elementen die de controle doen vermoeden, eigenhandig het bewijs van controle te leveren (art. 5, §3, eerste lid W.Venn.).

De drempel kan ook gekoppeld worden aan wettelijke voorziene percentages die verplichtingen opleggen aan de aandeelhouder zoals de meldingsplicht van belangrijke deelnemingen in beursgenoteerde vennootschappen (art. 514 W.Venn.) of de verplichting om een openbaar aanbod te lanceren. Dubout merkt op dat men bij die aanpak op de hoede moet zijn voor cirkelredeneringen<sup>721</sup>. De specifieke wettelijke bepaling kan verwijzen naar het begrip controle of controlewijziging zonder dit begrip te definiëren. Het beroep op dergelijke bepalingen voor de uitklaring van een contractueel controlebegrip riskeert een nutteloze operatie te zijn, maar de verwijzing maakt de clause niet noodzakelijk onwerkzaam. Wanneer de specifiek aangehaalde wettelijke bepaling geen definitie bevat, kan desgevallend worden teruggekoppeld naar de interpretatie van het controlebegrip van die bepaling in de rechtspraak. Het gebrek aan een uitdrukkelijke definitie in die bepaling impliceert dus niet dat er geen definitie is. De verwijzing naar de wettelijke bepaling kan bovendien duidelijkheid scheppen over de termijn waarin de controlewijziging moet worden bekendgemaakt.

**214. Eigen invulling.** De partijen kunnen een eigen drempel vaststellen voor de controlewijziging. Zij kunnen hierbij gebruik maken van objectieve of subjectieve criteria<sup>722</sup>. Het is daarbij tevens nuttig om te specificeren dat de drempel ook kan worden bereikt door de uitoefening van een gezamenlijke en niet alleen een exclusieve controle (d.i. rekening houdend met het samenspannen van verschillende aandeelhouders) en ook van een onrechtstreekse in plaats van slechts een rechtstreekse controle (d.i. rekening houdend met de invloed van dochterondernemingen of tussenpersonen). Zoniet riskeert de clause op eenvoudige wijze te worden omzeild.

**215. Criteria die rekening houden met objectieve elementen.** De drempel kan worden vastgesteld aan de hand van één of meerdere mathematisch verifieerbare criteria. De verkrijging van een specifiek percentage van de stemgerechtigde aandelen door een derde (d.i. een werkelijke derde of niet-controlerende aandeelhouder ten tijde van de contractsluiting) of een groep van derden is het meest angewende criterium. Een andere optie is om de clause te koppelen aan de controle die wordt uitgeoefend op de raad van bestuur van de vennootschap. Dergelijke clauses koppelen de wijziging aan het verlies of de overdracht van de bevoegdheid om één of meerdere leden van de raad van bestuur aan te stellen. Strikt mathematische drempels hebben het voordeel van de duidelijkheid. Nadeel is echter dat de gekozen drempel niet noodzakelijk overeenstemt met de realiteit. Gevolg daarvan is dat een controlewijziging kan plaatsvinden zonder overschrijding van de mathematische drempel. Een verwerving van 49% van de aandelen kan bijvoorbeeld ruimschoots volstaan voor de verwerving van de feitelijke controle over de vennootschap, ook al wordt een contractuele drempel van 50% gerespecteerd. Het is omgekeerd ook

---

<sup>721</sup> H. DUBOUT, "Les clauses de changement de contrôle" in *Les grandes clauses des contrats internationaux*, Brussel, Bruylant, 2005, (323) 336.

<sup>722</sup> *Ibid.*, (323) 334-338.

mogelijk dat een mathematische controlewijziging plaatsvindt die in werkelijkheid geen negatieve gevolgen heeft voor de medecontractant, maar die niettemin volstaat om de *change of control* clause uit te oefenen.

**216. Criteria die rekening houden met subjectieve elementen.** Subjectieve criteria bieden een ruimere appreciatiemarge voor de partij in wiens voordeel de clause wordt bedongen. Dit leidt wel tot vagere omschrijvingen. Een partij kan zich bijvoorbeeld het recht voorbehouden om de overeenkomst te beëindigen naar aanleiding van een ‘aanzienlijke’ aandelenoverdracht of een verandering in de samenstelling van de raad van bestuur wanneer dit, volgens de ‘redelijke mening van de medecontractant’, een ‘substantiële’ vermindering van de veiligheid van de vertrouwelijke informatie met zich meebrengt (clause in het voordeel van de informatieverstrekker) of van de kwaliteit van de toekomstige ontwikkeling van de informatie (clause in het voordeel van de informatieontvanger) of wanneer de controle overgaat op een persoon die “aanzienlijke concurrerende activiteiten” voert<sup>723</sup>.

De verschillende objectieve en subjectieve criteria kunnen met elkaar worden gecombineerd:

**Voorbeeld:** “Vennootschap [A] mag de licentieovereenkomst zonder opzeg beëindigen binnen een termijn van 10 dagen na de kennisname van een controlewijziging in vennootschap [B]. Een wijziging in de controle wordt omschreven als (i) een overdracht van meer dan 30% van de aandelen indien dit, volgens de redelijke verwachtingen van vennootschap [A], zal leiden tot een substantiële vermindering in de kwaliteit van de prestaties van vennootschap [B] en (ii) de overdracht van de controle in de zin van de artikelen 5 tot 9 van het Wetboek van Vennootschappen waarbij de controle in handen komt van een concurrent van vennootschap [A] of van een concurrent van diens overige licentiehouders.”

**217. Bewijs van de controlewijziging.** Het bewijs van een controlewijziging is moeilijk te leveren<sup>724</sup>, ook al specificeert de overeenkomst dat een onrechtstreekse controlewijziging volstaat. Een gezamenlijke controle vloeit vaak voort uit geheime afspraken en zal pas duidelijk worden op basis van de acties die de gezamenlijk controlerende aandeelhouders ondernemen. Wijzigingen in de samenstelling van de raad van bestuur worden daarbij naar voren geschoven als de beste indicatie van een controlewijziging<sup>725</sup>. Eén van de eerste prioriteiten van een nieuwe controlerende aandeelhouder zal immers het installeren van hen gunstig gestemde bestuurders zijn. Het bedingen van een verplichting in hoofde van de rechtspersoon om haar medecontractant in te lichten over controlewijzigingen is nuttig, maar de efficiëntie ervan mag niet worden overschat. Niets garandeert immers dat de vennootschap zich bewust is van de controlewijziging totdat er voldoende uiterlijke indicaties zijn. De

---

<sup>723</sup> P. BLANCHARD, “Les clauses de changement de contrôle, instruments de stabilisation et de sauvegarde”, *RDAI* 2006, (159) 174-177.

<sup>724</sup> S. PRAT, *Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières*, Parijs, Litec, 1992, 47; M. STORCK, “Définition légale de la notion de contrôle d'une société en droit français”, *Rev. Soc.* 1986, 385.

<sup>725</sup> H. DUBOUT, “Les clauses de changement de contrôle”, (323) 339.

criteria die een subjectieve appreciatie van de medecontractant mogelijk maken, kunnen de bewijslast van de controlewijziging wel verlichten.

**218. Geldigheidsvereisten.** De clause inzake de controlewijziging beoogt de toekenning van het recht aan een derde om de overeenkomst te beëindigen in geval van een verandering van controle. Dit recht kan een aanzienlijke invloed hebben op het vermogen van de vennootschap in wiens nadeel de clause wordt bedongen. De operatie voldoet daarmee naar Belgisch recht aan de letter van artikel 556 W.Venn.<sup>726</sup>. Dit zou betekenen dat de bevoegdheid om dergelijke bedingen te sluiten ten nadele van een naamloze vennootschap (of een commanditaire vennootschap op aandelen) zou toebehoren aan de algemene vergadering van de aandeelhouders van die vennootschap. Een aanzienlijke strekking in de rechtsleer stelt weliswaar dat de *ratio legis* van dit artikel zich niet uitstrekt tot controlewijzigingsclausules die louter verband houden met het *intuitu personae* karakter van overeenkomsten<sup>727</sup>. Zij zijn volgens deze visie uitgezonderd van het toepassingsgebied artikel 556 W.Venn.<sup>728</sup>. De raad van bestuur blijft hoe dan ook bevoegd om controlewijzigingsbedingen aan te gaan die niet onder artikel 556 W.Venn. ressorteren (*cf.* de residuaire bevoegdheid voorzien in art. 522 W.Venn.). Dit is alleszins het geval voor clauses die betrekking hebben op een controlewijziging in hoofde van de medecontractant. De algemene vergadering van de aandeelhouders moet ook in de letterlijke interpretatie van artikel 556 W.Venn. slechts tussenkomen voor bedingen inzake de controlewijziging die ten laste van de eigen vennootschap worden bedongen.

Het is minder duidelijk hoe de notie verandering van controle in artikel 556 W.Venn. moet worden ingevuld. In principe dient daarvoor te worden teruggekoppeld naar de algemene definitie in artikel 5, §1 W.Venn. Die bepaling definieert controle als de bevoegdheid om een beslissende invloed uit te oefenen op de aanstelling van de meerderheid van de bestuurders of op de oriëntatie van het beleid. Er is sprake van een controlewijziging wanneer de vennoten die de controle uitoefenden ten tijde van de contractsluiting die controle verliezen of overdragen. De clause ontsnapt in die interpretatie aan de bevoegdheidstoewijzing van artikel 556 W.Venn. wanneer zij een

---

<sup>726</sup> M. DALLE, “Artikel 556 van het wetboek van vennootschappen is toepasselijk op elk beding inzake controlewijziging (*change of control clause*) ten laste van een naamloze vennootschap”, *TRV* 2004, (87) 98; H. DUBOUT, “Les clauses de changement de contrôle”, (323) 342-344.

<sup>727</sup> X. DIEUX, “Examen de jurisprudence (1990-2003) Droit financier (Première partie)”, *RCJB* 2004, (207) 369-371 (“De telles clauses, voulues par le cocontractant de la société et non point par le conseil d’administration de cette dernière, n’ont rien à voir avec les mesures de défense que le législateur a entendu prohiber ou réglementer”); M. FYON, “Contrôle et mesures anti-OPA” in G.A. DAL (ed.), *Contrôle, stabilité et structure de l’actionnariat*, Brussel, Larcier, 2009, (291) 299-301.

<sup>728</sup> Zie voor een genuanceerde kritiek op de letterlijke interpretatie, met pleidooi voor een gedeeltelijke uitsluiting: G. NEJMAN, “L’article 17bis de la loi du 2 mars 1989 relative à la publicité des participations importantes dans les sociétés cotées en bourse et réglementant les offres publiques d’acquisition: une disposition à l’hermétisme symbolique?”, *Rev. prat. soc.* 1998, (57) 67-70 (deze auteur stelt voor om de reële intentie van de partijen in acht te nemen bij het bepalen of een concrete *intuitu personae* controlewijzigingsclause onderworpen is aan art. 556 W.Venn.); P. VAN DER BEKEN, “Art. 556 W.Venn. (oud art. 17bis Wet 2 maart 1989)” in *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, april 2002, titels III., B.1. t.e.m. B.4 (deze auteur stelt voor om de objectieve voorzienbare gevolgen van de toekenning van het recht in acht te nemen).

contractuele definitie van controle(wijziging) hanteert die noch in rechte, noch in feite samenvalt met een controle in de zin van artikel 5, §1 W.Venn. Een aandelenoverdracht van bijvoorbeeld 10 of 20% kan een contractuele drempel voor de verbreking van de overeenkomst overschrijden zonder te leiden tot een gewijzigde controle in de zin van de vennootschapswetgeving<sup>729</sup>. Men kan zich afvragen of het wel zin heeft om de toestemmingsvereiste van de algemene vergadering van de aandeelhouders te beperken tot gevallen van een volwaardige overdracht van de controle in plaats van de verwerving van invloed in het algemeen. Clausules met een lagere drempel dan het wettelijke controlebegrip hebben immers een nog restrictievere werking. Zij ontmoedigen reeds de verwerving van een relatief kleine invloed in de vennootschap en niet alleen de pogingen om de controle over de vennootschap te verwerven. Wanneer de wetgever inspraak wenste van de aandeelhouders in het eerste geval, is die *ratio* nog sterker aanwezig in het tweede geval. Het gevaar is bovendien reëel dat een conventionele controledrempel die oorspronkelijk geen verandering van controle met zich meebracht in de zin van artikel 5, §1 W.Venn. na verloop van tijd dit toch tot gevolg zou hebben omdat de greep van de meerderheidsaandeelhouders in de tussentijd is verzwakt. De mogelijkheid tot uitoefening van de clause is in die hypothese onrechtstreeks afhankelijk gemaakt van een controlewijziging in de zin van de wet. De clause wordt daardoor ongeldig omdat zij, minstens voor die hypothese, had moeten worden toegestaan door de algemene vergadering van de aandeelhouders. Het is dan ook eenvoudiger om (indien men aanvaardt dat dit artikel van toepassing is op dergelijke clausules) artikel 556 W.Venn. toe te passen op elke conventionele controlewijzigingsclause die in het nadeel van de vennootschap wordt bedongen, ook al hanteert zij strengere drempels dan de wetgever.

**219. Toepassing geldigheidsvereisten concurrentiebeding?** De controlewijzigingsclause is geen concurrentiebeding en is bijgevolg niet onderworpen aan de geldigheidsvereisten daarvan<sup>730</sup>. De rechtspersoon wiens vermogen de gevolgen van een controlewijziging zal ondergaan, mag om het even welke activiteit ontplooiën. De enige consequentie is dat de overeenkomst wordt verbroken als de controle over de rechtspersoon wijzigt. Deze beperking heeft slechts betrekking op operaties ten aanzien van de aandelen in de rechtspersoon (of desgevallend de samenstelling van de organen van de rechtspersoon) en niet op de activiteiten van de rechtspersoon als dusdanig.

**220. Publiciteitsvoorschriften naar Belgisch recht.** In de mate dat het van toepassing is (*supra* randnr. 218), koppelt het tweede lid van artikel 556 W.Venn. de geldigheid van het toegekende recht aan een publiciteitsvereiste. Het gaat meer bepaald om de tijdige neerlegging van de beslissing van de algemene

---

<sup>729</sup> Een dergelijke aandelenoverdracht kan tot een verandering in de controle leiden, bijvoorbeeld wegens een gezamenlijke controle (art. 5, §2, 5° W.Venn.) of een controle in feite (art. 5, §3 W.Venn.), maar dit is niet noodzakelijk het geval.

<sup>730</sup> Zie H. DUBOUT, "Les clauses de changement de contrôle", (323) 340-342. Zie wel A. COURET, "Les clauses de changement de contrôle dans les SA" (noot onder Cour d'appel Parijs (5° kamer) 25 januari 1995, AR 17113/93), *Bull. Joly Soc.* 1995, 413.

aandeelhoudersvergadering bij de griffie<sup>731</sup>. De miskenning van deze vereiste wordt gesanctioneerd met de nietigheid. In een letterlijke lezing blijft de nietigheidssanctie echter beperkt tot de hypothese van het openbaar bod. De wetgever liet na een gelijkaardige publiciteitsvereiste met sanctie te formuleren voor de controlewijziging. Een aantal auteurs zijn van mening dat de publiciteitsvereiste per analogie moet worden toegepast<sup>732</sup>, zodat de constructie slechts kan worden toegepast indien de neerlegging gebeurde voordat de controlewijziging plaatsvindt. Volgens Dalle is dit verschil in behandeling echter te verantwoorden<sup>733</sup>. Een controlewijziging zonder openbaar bod komt namelijk tot stand op basis van een overeenkomst tussen de overnemer en de controlerende aandeelhouders. Naar aanleiding van de totstandkoming van die overeenkomst kan de overnemer een *due diligence* onderzoek laten voeren. De aandeelhouders hebben van hun kant een informatieplicht en kunnen de contractuele garantie verstrekken dat de overnemer niet zal worden verrast door verdoken controlewijzigingsbedingen. De overnemer beschikt dus over voldoende mogelijkheden om zich te informeren over en in te dekken tegen dergelijke bedingen. Het lanceren van een openbaar bod vereist daarentegen geen rechtstreeks contact met de aandeelhouders, zodat een specifieke publiciteitsvereiste onmisbaar is.

## 5. Besluit

**221.** In dit hoofdstuk werd ingegaan op de gevolgen van de hoedanigheid van partij bij de geheimhoudingsplicht. Er werd vastgesteld dat het recht een aantal operaties kent die de effectiviteit van de geheimhoudingsplicht in het gevaar brengen omdat zij derden toegang bieden tot de geheime informatie. Het *intuitu personae* karakter van de geheimhoudingsplicht kan dit risico beperken. Verder werden de drie types van technieken bestudeerd waarmee derden betrokken kunnen raken bij de overeenkomst. Het gaat om de inschakeling bij de uitvoering van de verbintenis (d.i. een uitbesteding door een partij), de partijtoevoeging en de partijvervanging. De partijuitbesteding betreft de mogelijkheid om derden in te schakelen als uitvoeringsagent bij de naleving van de geheimhoudingsplicht. Het recht om derden in te schakelen kan impliciet voortvloeien uit de overeenkomst, maar mag alleszins niet verder gaan dan noodzakelijk voor de realisatie van de contractuele doelstellingen. Zelfs indien het feit van de inschakeling van een derde geoorloofd is, kan de geheimplichtige nog aansprakelijkheid oplopen in de precieze keuze van zijn uitvoeringsagent. De partijtoevoeging betreft de vraag in welke mate de meester van het geheim derden kan betrekken als geheimplichtigen bij de geheimhoudingsovereenkomst. Bepaalde wettelijke beschermingsregimes beperken namelijk de contractsvrijheid van de

---

<sup>731</sup> Het Franse, Engelse en Duitse recht hanteren dit niet als geldigheidsvereiste: H. DUBOUT, “Les clauses de changement de contrôle”, (323) 343-344.

<sup>732</sup> F. HELLEMANS, “Terminologische en inhoudelijke vernieuwingen ingevolge het Wetboek van vennootschappen” in *Nieuw vennootschaps- en financieel recht*, Kalmthout, Biblio, 2000, (311) 343, nr. 55; K. GEENS, F. HELLEMANS, M. WYCKAERT en F. JENNE, “Artikelsgewijze commentaar van de inhoudelijke wijzigingen ingevolge het wetboek van vennootschappen” in *Het Wetboek van vennootschappen en zijn uitvoeringsbesluit*, Kalmthout, Biblio, 2002, 293.

<sup>733</sup> M. DALLE, “Artikel 556 van het wetboek van vennootschappen is toepasselijk op elk beding inzake controlewijziging (*change of control clause*) ten laste van een naamloze vennootschap”, *TRV* 2004, (87) 98.

partijen bij de uitwerking van contractuele geheimhoudingsplichten. Dit is het geval voor de Arbeidsovereenkomstenwet, de bepalingen over de onrechtmatige bedingen in de WMPC en de Wet Precontractuele Informatie. Bij de partijvervanging kan een onderscheid worden gemaakt tussen clauses die de overdracht van de overeenkomst of specifieke bestanddelen daarvan regelen, clauses die de overdracht van de rechtspersoon als dusdanig regelen en ten slotte clauses die de identiteitswijziging van een rechtspersoon verbieden of trachten te voorkomen.

## IV. VOORWERP VAN DE GEHEIMHOUDINGSPLICHT

### 1. Inleiding

#### 1.1 Terminologie

**222. Voorwerp van de overeenkomst of verbintenis.** Het voorwerp<sup>734</sup> van een rechtshandeling bestaat uit het concrete rechtsgevolg, d.i. het doel, dat de handelende partij beoogt<sup>735</sup>. Bij overeenkomsten kan men een onderscheid maken tussen het voorwerp van de overeenkomst en het voorwerp van de verbintenis. Het *voorwerp van de overeenkomst* (“objet du contrat”) wordt gedefinieerd als de verbintenissen die er voor één of voor elk van de partijen uit voortvloeien<sup>736</sup>. Deze omschrijving heeft volgens de meerderheidsopvatting geen toegevoegde waarde<sup>737</sup> aangezien zij niets anders doet dan de som van de individuele verbintenissen aan te merken als voorwerp van de overeenkomst. Daarom stelt de rechtsleer voor om het voorwerp van de overeenkomst te definiëren als de karakteristieke prestatie van de overeenkomst in kwestie<sup>738</sup> of als de overkoepelende doelstelling van de partijen bij de contractuele operatie<sup>739</sup>.

Een overeenkomst kan vervolgens verschillende categorieën van verbintenissen bevatten: zowel verbintenissen om iets te geven, te doen of niet te doen (art. 1101 en 1126 BW<sup>740</sup>). Toegespitst op geheimhoudingsbedingen of –overeenkomsten leidt de

---

<sup>734</sup> Zie voor een kritische analyse van het voorwerp: G. GORLA, “The theory of object of contract in civil law: a critical analysis by means of the comparative method”, 28 Tul. L. Rev. 442 1953-1954.

<sup>735</sup> W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, 329, nr. 108; R. DEKKERS, A. VERBEKE, N. CARETTE en K. VANHOVE, *Handboek Burgerlijk Recht*, III, Antwerpen, Intersentia, 2007, 39, nr. 66; C. RENARD, E. VIEUJEAN en Y. HANNEQUART, *Les nouvelles, Théorie générale des obligations*, IV, 230-231, nr. 991-992; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, 121, nr. 99. Vgl. met het voorwerp (van de vordering) in het gerechtelijk privaatrecht, dat wordt gedefinieerd als het beoogde resultaat van de eis: B. ALLEMEERSCH, *De macht van de rechter in het burgerlijk geding*, thesis KULeuven 2005, 179, nr. 238 en de verwijzingen aldaar.

<sup>736</sup> A.-S. LUCAS-PUGET, 2, nrs. 4-5 en 5, nr. 8, 10, nrs. 16-20 en 328, nr. 570 (kritisch). De kritiek op de omschrijving van het voorwerp van de overeenkomst als de som van de individuele verbintenissen heeft enerzijds betrekking op het feit dat de toetsing van de geldigheid van het voorwerp niet steeds los van de globale contractuele relatie kan gebeuren en anderzijds dat de overeenkomst overeenkomstig de theorie van Ancel ook niet-obligationele onderdelen kan bevatten.

<sup>737</sup> J. GHESTIN, *La formation du contrat*, 1993, 654, nr. 676 en de verwijzingen aldaar. De rechtsleer gaat er dan ook van uit dat artikel 1126 BW betrekking heeft op de verbintenis in plaats van op de overeenkomst (C. RENARD, E. VIEUJEAN en Y. HANNEQUART, *Les nouvelles, Théorie générale des obligations*, IV, 230, nr. 991).

<sup>738</sup> P.-A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Brussel, Bruylant, 1998, 2, nr. 3; J. GHESTIN, *La formation du contrat*, 1993, 656, nr. 679. Zie hierover uitgebreid M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat* in *Recherches juridiques*, Parijs, Economica, 2002, 394p. Zie tevens het overzicht bij M. BACACHE-GIBEILI, *La relativité des conventions et les groupes de contrats* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 1996, 120-122. Zie tevens de kritische analyse van Lucas-Puget: A.-S. LUCAS-PUGET, 341, nr. 586 *et seq.*

<sup>739</sup> A.-S. LUCAS-PUGET, 279, nr. 499; F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Parijs, Dalloz, 2005, 275, nr. 165.

<sup>740</sup> Deze bepaling heeft niet uitsluitend betrekking op tastbare zaken, maar ook op immateriële prestaties (cf. F. PAUL, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du code civil* in *Bibliothèque de droit civil*, Parijs, LGDJ, 2002, 118-119, nr. 143; vgl. A. ETIENNEY, 454, nr. 600 *et seq.*).



geheimhoudingsplicht in de eerste plaats tot verbintenissen om *iets niet te doen*, namelijk tot de verplichting om de informatie niet te verspreiden of te gebruiken buiten de toegestane doeleinden. Zij kan echter tevens verbintenissen om *iets te doen* bevatten, zoals de verplichting om gepaste beveiligingsmaatregelen te nemen of om de informatie te vernietigen na afloop van de contractuele basisverhouding.

Het *voorwerp van de verbintenis* (“objet de l’obligation”) is het beoogde rechtsgevolg waarop die specifieke verbintenis betrekking heeft<sup>741</sup>. Het gaat om het resultaat van het *in concreto* overeengekomen geven, doen of niet doen waartoe de schuldenaar gehouden is. Deze definitie bevat twee componenten. Ten eerste moet het voorwerp een *te leveren prestatie* beschrijven. Het moet duidelijk zijn welk rechtsgevolg *in abstracto* wordt nagestreefd. Deze vereiste geldt ongeacht de kwalificatie van de verbintenis als inspannings- of resultaatverbintenis<sup>742</sup>. De te leveren prestatie kan bijgevolg zowel bestaan in het leveren van redelijke inspanningen voor het bereiken van een bepaald doel (d.i. een inspanningsverbintenis) als in het effectief bereiken van dat doel (d.i. een resultaatverbintenis). Ten tweede worden vele prestaties niet op zichzelf geleverd, maar gebeuren zij *ten aanzien van een specifieke zaak* (“objet de la prestation”)<sup>743</sup>. Bij geheimhoudingsplichten gaat het om informatie met vertrouwelijk karakter.

## 1.2 Geldigheidsvereisten van het voorwerp

**223.** Het voorwerp moet enerzijds *bepaald of bepaalbaar* (artt. 1108 en 1129 BW) en *bestaanbaar* (art. 1130 BW) zijn en anderzijds *geoorloofd zijn* (cf. art. 6 BW) en *in de handel zijn* (art. 1128 BW). Deze voorwaarden hebben één gemeenschappelijke grondslag. Zij zijn allen terug te leiden naar de vraag of het voorwerp mogelijk is, m.a.w. of het beoogde rechtsgevolg van de overeenkomst daadwerkelijk realiseerbaar is. De eerste twee voorwaarden viseren de materiële mogelijkheid om de beloofde prestatie te leveren. De vraag is hierbij of het bedongen voorwerp *kan* worden gerealiseerd. De twee laatste voorwaarden hebben betrekking op de wettelijke toelaatbaarheid van de prestatie. Zij behelzen de vraag of het voorwerp *mag* worden gerealiseerd<sup>744</sup>.

### 1.2.1 Geoorloofdheid van voorwerp / oorzaak

<sup>741</sup> België: Cass. 8 april 1999, *Arr. Cass.* 1999, 475; Cass. 14 september 2000, *Arr. Cass.* 2000, 1365; Cass. 19 mei 2005, *Pas.* 2005, I, 1065 (“Attendu que l’objet d’une obligation est la prestation promise par le débiteur”); L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, 121, nr. 99; Frankrijk: F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Parijs, Dalloz, 2005, 275, nr. 165; Nederland: C. ASSER, A. S. HARTKAMP en C. H. SIEBURGH, *Verbintenissenrecht: de verbintenis in het algemeen*, 15, nr. 20.

<sup>742</sup> A.S. LUCAS-PUGET, 151-152, nrs. 270-272. Het beoogde resultaat kan *in abstracto* zowel bestaan uit de levering van redelijke inspanningen (en waarbij wordt gehoopt dat deze inspanningen een bepaald resultaat zullen hebben – bv. de chirurg die zich ertoe verbindt een patiënt te behandelen zonder zich te verbinden tot een bepaald resultaat van de behandeling) als uit het daadwerkelijk bereiken van een bepaald resultaat.

<sup>743</sup> Zie voor de terminologie i.v.m. het voorwerp van de overeenkomst, verbintenis of prestatie: M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, I, *Contrat et engagement unilatéral*, Parijs, PUF, 2008, 350-351, nr. 149.

<sup>744</sup> Vgl. F. PAUL, 175 (“Disponibilité en indisponibilité impliquent et supposent la possibilité”).

#### 1.2.1.1 Geheimhouding is een prestatie die in de handel is

**224.** Informatie is een zaak die zich als dusdanig buiten de handel bevindt. Het is een *res communis* in de zin van artikel 714 BW<sup>745</sup>. Men kan er niet rechtstreeks een exclusief eigendomsrecht op verwerven<sup>746</sup>. Elke persoon heeft het recht om informatie te creëren en om deze te verspreiden of om er gebruik van te maken. Informatie is bij uitstek een goed dat door een onbeperkt aantal personen kan worden gebruikt. Exclusieve rechten kunnen slechts onrechtstreeks worden verkregen op grond van wetgeving die een intellectueel eigendomsrecht toekent (bv. een octrooi, auteursrecht, handelsmerk, tekening of model, databankrecht, etc.)<sup>747</sup>. De partijen kunnen via hun overeenkomst geen exclusieve aanspraken *erga omnes* scheppen. De vaststelling dat een goed buiten de handel is en/of door iedereen mag worden gebruikt, betekent echter niet dat om het even welke contractuele afspraak met betrekking tot deze zaak ongeoorloofd is<sup>748</sup>. Zij kunnen desgevallend geldige afspraken maken over de gedragingen die zij mogen stellen ten aanzien van deze zaak. Zo wordt de principiële geldigheid van een geheimhoudingsplicht niet betwist<sup>749</sup>. Deze afspraak leidt slechts tot rechten en plichten *inter partes* (art. 1165 BW). Het voorwerp van de prestatie is hier slechts het scheppen van een feitelijke bescherming in de vorm van geheimhouding en niet de levering van een exclusief recht *erga omnes* op de informatie als dusdanig. De grondslag van deze feitelijke bescherming ligt in het beschermenswaardige economische belang dat de meester van het geheim heeft bij de verdere niet-verspreiding en het verdere niet-gebruik van de informatie door zijn medecontractant.

#### 1.2.1.2 Grondrechten en openbare orde als grond tot geoorloofdheid van een verspreiding of gebruik

**225. Geheimhouding en grondrechten.** Verschillende grondrechten kunnen een verspreiding of gebruik van informatie rechtvaardigen. Men kan daarbij in de eerste plaats denken aan het recht op vrije meningsuiting<sup>750</sup>. Eenieder heeft recht op vrijheid van meningsuiting (art. 10 EVRM; art. 19 GW). Dit recht omvat de vrijheid een mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken. De uitoefening van deze vrijheid brengt echter ook plichten en verantwoordelijkheden met zich mee. Zij kan daardoor worden onderworpen aan

---

<sup>745</sup> N. MALLET-POUJOL, “Appropriation de l’information: l’éternelle chimère”, *D* 1997, 65, nr. 8 en 13.

<sup>746</sup> *Ibid.*, nr. 4.

<sup>747</sup> De loutere vaststelling dat men de eerste was om bepaalde informatie te ontwikkelen, resulteert bijvoorbeeld niet in enig eigendomsrecht op deze informatie (J. SCHMIDT-SZALEWSKI, “Savoir-faire”, *Rép. com. Dalloz*, nr. 22).

<sup>748</sup> C. RENARD, E. VIEUJEAN en Y. HANNEQUART, *Les nouvelles, Théorie générale des obligations*, IV, 244; F. LAURENT, t. 16, 1875, 110, nr. 79.

<sup>749</sup> Cf. N. MALLET-POUJOL, “Appropriation de l’information: l’éternelle chimère”, *D* 1997, 65, nr. 15.

<sup>750</sup> Zie op basis van artikel 10 EVRM: V. JUNOD, “La liberté d’expression du whistleblower”, *Rev. trim. Dr. h.* 2009, 227-260; zie tevens P. MATTHEWS en H. MALEK, *Disclosure in Litigation Library*, Londen, Sweet & Maxwell, 2007, 660-662, nrs. 21.14-21.15; zie uitgebreid naar Engels recht: P. STANLEY, 87-96; Duits recht: A. HARTUNG, *Geheimnisschutz und Whistleblowing im deutschen und englischen Recht*, Saarbrücken, Müller, 2006, 134-142.

bepaalde beperkingen. Deze moeten bij wet (*sensu lato*) worden voorzien en moeten noodzakelijk zijn in een democratische samenleving. Het loutere feit dat men een principieel recht op vrije meningsuiting geniet, impliceert bijgevolg nog geen vrijstelling van specifieke wettelijke beperkingen op de vrije meningsuiting en evenmin van algemene wettelijke bepalingen die deze vrijheid onrechtstreeks beperken<sup>751</sup>. Concrete rechtvaardigingsgronden voor een beperking zijn onder meer de bescherming van de goede naam of de rechten van personen en de *voorkoming van de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen*. Deze vrijheid heeft een zeer ruim toepassingsgebied. Het uitgangspunt is dat elke persoon<sup>752</sup> op om het even welke wijze zijn mening mag uiten. Dit recht is ruim te interpreteren<sup>753</sup>. Het omvat niet alleen het recht om een mening in de strikte zin (d.i. een bepaald standpunt of oordeel ten aanzien van een persoon of feit) te hebben en te uiten, maar ook om informatie en ideeën in het algemeen te verspreiden of te verkrijgen<sup>754</sup>. Ook commerciële informatie valt bijgevolg onder de vrijheid van meningsuiting<sup>755</sup>. De bescherming geldt zowel voor de inhoud van de uiting als voor de concrete communicatiewijze ervan. De staat moet zich niet alleen zelf onthouden van onrechtmatige beperkingen van deze vrijheid, zij moet de betrokkene bovendien beschermen tegen inbreuken door derden<sup>756</sup>.

Een contractuele geheimhoudingsplicht beoogt onmiskenbaar een beperking van het recht op vrije meningsuiting. Deze beperking is echter niet noodzakelijk problematisch. De partijen mogen namelijk vrijwillig beperkingen aanvaarden op hun

<sup>751</sup> Zie wat dit laatste betreft naar Amerikaans federaal recht: Supreme Court US 24 juni 1991, nr. 90-634, *Dan Cohen v. Cowles Media Company*, 111 S.Ct. 2513 (“[...] generally applicable laws do not offend the First Amendment simply because their enforcement against the press has incidental effects on its ability to gather and report the news”); E. VOLOKH, “Freedom of speech and intellectual property: some thoughts after Eldred, 44 Liquormart, and Bartnicki”, *Houston Law Review* 2003, (697) 739.

<sup>752</sup> Zie bv. RvS 15 september 2004, nr. 134.957, *RRD* 2004, 402 (ook ambtenaren genieten een principieel recht op vrije meningsuiting op grond van de art. 10 EVRM en 19 GW. Een ambtenaar mag bijgevolg kritiek leveren op het bestuur, maar dit moet gebeuren op een redelijke en gematigde wijze).

<sup>753</sup> C. MUNRO, “The Value of Commercial Speech”, *The Cambridge Law Journal* 2003 (134) 138.

<sup>754</sup> Artikel 10, eerste lid EVRM; R. DUMAS, “La diffusion d’informations économiques sur Internet, nouvelle illustration des conflits de droits fondamentaux”, *Bull. Joly Soc.* 2004, 1184, titel A. De tekst van artikel 10 EVRM laat een zeer ruime invulling van dit recht toe. Stanley stelt echter voor om het toepassingsgebied te beperken tot *public speech* (P. STANLEY, 88). Ernst stelt verder dat het recht op vrije meningsuiting van art. 5 van de Duitse *Grundgesetz* beperkt zou zijn tot meningen in de strikte zin en zich dus niet uitstrekt tot feiten zoals zakengeheimen (B. ERNST, *Der Schutz des Betriebsgeheimnisses nach Vertragsende*, Inaugural Dissertation Köln, 1961, 57; zie o.m. anders: A. MAIER, *Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im schwedischen, englischen und deutschen Recht*, Keulen, Carl Heymanns, 1998, 332).

<sup>755</sup> C. MUNRO, “The Value of Commercial Speech”, *The Cambridge Law Journal* 2003 (134) 138-140. Zie tevens G. COHEN-JONATHAN, “Liberté d’expression et message publicitaire”, *Rev. trim. dr. h.* 1993, (69) 70-75.

<sup>756</sup> EHRM 29 februari 2000, nr. 39293/98, *Fuentes Bobo / Spanje*, §38; K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l’individu Attention aux chiens de garde!*, Brussel, Larcier, 2004, 157-161 en in het bijzonder 160-161 (deze auteur merkt op dat het Hof de draagwijdte van deze verplichting enigszins in het midden laat door te stellen dat zij “in sommige gevallen” geldt); D. VOORHOOF, “Het Europese ‘First Amendment’ De straatsburgse jurisprudentie over artikel 10 EVRM (deel 2)”, *Mediaforum* 2004, (186) 187-188. Zie over de vraag naar de (rechtstreekse of onrechtstreekse) horizontale doorwerking van de mensenrechten in privaatrechtelijke verhoudingen o.m. N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 187 *et seq.*

grondrechten. Dit maakt de beperking van dit recht in het raam van een (arbeids)overeenkomst als dusdanig niet problematisch<sup>757</sup>. Het *recht op vrije meningsuiting* van een werknemer geniet hoe dan ook niet per definitie voorrang op de grondrechten van de werkgever<sup>758</sup>. De aard van de te verzwijgen feiten is daarbij van groot belang. Zo stellen zowel het EHRM<sup>759</sup> (op basis van art. 10 EVRM) als de Amerikaanse rechtspraak<sup>760</sup> (op basis van het *First amendment*) zich tot nader order soepeler op voor beperkingen op de vrije uiting van commerciële informatie. Het is perfect mogelijk dat het recht op vrije meningsuiting het onderspit moet delven wanneer het in conflict komt met andere grondrechten. De werkgever geniet op basis van het *recht op vrije mededinging*, het *recht op privacy*<sup>761</sup> (art. 8 EVRM) en het *recht op eigendom*<sup>762</sup> (art. 1 eerste protocol EVRM) namelijk een beschermenswaardig

<sup>757</sup> EHRM 27 februari 1980, nr. 6903/75, *Deweert / België*; Supreme Court US 19 februari 1980, nrs. 78-1871 en 79-265, *Frank W. Snepp III v. United States*, 444 US 507, 100 (“When Snepp accepted employment with the CIA, he voluntarily signed the agreement that expressly obligated him to submit any proposed publication for prior review”); zie uitgebreid: B. WEINSTEIN, “In defense of Jeffrey Wigand: a first amendment challenge to the enforcement of employee confidentiality agreements against whistleblowers”, *South Carolina Law Review* 1997, 129-165 en in het bijzonder 162-164 (49 S.C.L. Rev. 129).

<sup>758</sup> Ook het recht om als derde informatie te ontvangen geldt niet onbeperkt. Dit kan bijvoorbeeld resulteren in een derdemedeplichtigheid aan contractsbreuk.

<sup>759</sup> EHRM 5 november 2002, nr. 38743/97; *Demuth / Zwitserland*; D.J. HARRIS, M. O’BOYLE en C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, Londen, Butterworths, 1995, 402; C. MUNRO, “The Value of Commercial Speech”, *The Cambridge Law Journal* 2003 (134) 135.

<sup>760</sup> E. ROWE, “Trade secret litigation and free speech: is it time to restrain the plaintiffs?”, *Boston College Law Review* 2009, (1425) 1437-1438. Zie kritisch: E. MCANDREW, “City of Cincinnati v. discovery network, inc.: elevating the value of commercial speech?”, 43 Cath. U. L. Rev. 1247.

<sup>761</sup> R. DUMAS, “La diffusion d’informations économiques sur Internet, nouvelle illustration des conflits de droits fondamentaux”, *Bull. Joly Soc.* 2004, 1184, titel B. De vraag of rechtspersonen een recht op privacy genieten is echter betwist. Zie tegen de toekenning van een volwaardig recht op een privéleven aan rechtspersonen: G.L. BALLON, “De persoonlijkheidsrechten van de rechtspersoon”, *Liber Amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story-Scientia, 1986, (127) 137-140. Zie tevens in die zin R. CLAYTON en H. TOMLINSON, *Privacy and Freedom of Expression*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 12.176. Een arrest van het hof van beroep te Brussel aanvaardde “dans une certaine mesure” het bestaan van dit recht in hoofde van rechtspersonen en leidde hieruit een recht op (procesrechtelijke) bescherming van het zakengeheim af: Brussel 30 juni, 2009/AR/3455, *Beldiscom / KPN Group Belgium*, onuitg. Het EHRM zelf hanteert een dynamische interpretatie van het verdrag en oordeelde dat rechtspersonen alvast aanspraak kunnen maken op de bescherming van hun bedrijfslokalen in het raam van artikel 8 EVRM (EHRM 16 april 2002, nr. 37971/97, *Stes Colas Est & Ors v. France*, nrs. 40-42). Zie ook H. SNIJDERS, “Privacy of Contract” in K. ZIEGLER (ed.), *Human Rights and Private Law*, Oxford, Hart Publishing, 2007, (105) 110-111; K. KERRIGAN en Ph. PLOWDEN, “Corporate Interests and the Privacy Bandwagon”, *Information & Communication Technology Law* 2003, 177-192. Zie tevens naar Frans en Amerikaans recht: N. MATHEY, “Les droits et libertés fondamentaux des personnes morales de droit privé”, *RTD Civ.* 2008, (205) 221-223. Zie ten slotte voor een stand van zaken naar Belgisch recht: F. PARREIN, “Kan een rechtspersoon worden gestalkt? Enkele bedenkingen over het privéleven en de rust van een rechtspersoon” (noot onder GwH 10 mei 2007), *TRV* 2007, 341-345.

<sup>762</sup> De meester van het geheim geniet geen volwaardig eigendomsrecht op de informatie omdat hij geen exclusief gebruiksrecht *erga omnes* heeft ten aanzien van de *informatie als dusdanig*. Hij heeft wel een beschermenswaardig belang bij de vrijwaring van de economische waarde van het *geheime karakter* van de kennis tegen onrechtmatige gedragingen. De notie “eigendom” heeft namelijk een autonome betekenis in de rechtspraak van het EHRM (EHRM 5 januari 2000, *Beyeler v. Italy*, nr. 33202/96, §100; EHRM 29 januari 2008, *Balan v. Moldova*, nr. 19247/03, § 32; L. HELFER, “The new innovation frontier? Intellectual property and the European Court of Human Rights”, *Harvard International Law Journal* 2008, (1) 8) die ook de Belgische goederenrechtelijke definitie overstijgt (D. MERTENS, “Cliënteel als mensenrecht. Goodwill beschermd door artikel 1, eerste protocol EVRM”, *CJ* 2006, (61) 61). Deze ruime interpretatie is gebaseerd op het gebruik van de terminologie “*biens*” die betrekking

belang bij het afschermen van zijn onderneming van de buitenwereld<sup>763</sup>. Dit laat hem toe om discretie te verlangen van zijn werknemers. De toetsing van de geldigheid van een beperking op één van deze grondrechten vereist bijgevolg een belangenafweging<sup>764</sup>, waarbij het al dan niet geheime karakter van de informatie uiteraard een belangrijk criterium is<sup>765</sup>.

Naast het recht op vrije meningsuiting brengt een geheimhoudingsplicht een beperking aan op de vrijheid van arbeid en het recht op vrije mededinging door de (ex-)werknemer. Ook deze rechten mogen niet zonder geldige reden of op buitensporige wijze worden beperkt. Dit verklaart waarom de arbeidsrechtelijke discretieplicht zich niet kan uitstrekken tot de persoonlijke kennis en ervaring van de werknemer. De vrijheid van arbeid (en mededinging) impliceert dat de werknemer in staat moet blijven om een beroep uit te oefenen dat strookt met zijn opleiding en expertise. Deze vrijheid kan naargelang de omstandigheden voorrang krijgen op het recht op geheimhouding van de werkgever.

**226. Geheimhouding en de openbare orde.** De geoorloofdheid van de geheimhoudingsplicht dient te worden beoordeeld vanuit twee invalshoeken. Ten eerste is een contractuele geheimhoudingsplicht die afbreuk doet aan wettelijke

---

heeft op pecuniaire rechten in het algemeen. Ook intellectuele rechten vallen daardoor onder de bescherming van artikel 1, eerste protocol EVRM (zie voor enkele bevestigingen hiervan in de rechtspraak van het Hof: EHRM 29 januari 2008, *Balan v. Moldova*, nr. 19247/03, § 34; EHRM 11 oktober 2005, *Anheuser-Busch v. Portugal*, nr. 73049/01, § 43. EHRM 5 juli 2005, *Melnichuk v. Ukraine*, nr. 28743/03; EHRM 14 januari 1998, *Aral, Tekin v. Turkey*, nr. 24563/94, §4). Er is tot nader order nog geen rechtspraak van het Hof die rechtstreeks bevestigt dat zakengeheimen als een vorm van intellectuele eigendom worden beschermd door art. 1, eerste protocol EVRM. Deze vraag werd reeds voorgelegd aan het Hof. Dit verwierp de klacht dat een bodemrechter het eigendomsrecht van het EVRM miskende omdat hij weigerde de overdracht van waardevolle geheime kennis te beschermen (EHRM 20 mei 1998, *GD & M v. Germany*, nr. 29818/96, §2). Het Hof stelde vast dat de vordering was afgewezen bij gebrek aan bewijs van het bestaan van een zakengeheim. De bewijslast van de eigendom ligt echter bij de eiser. Het Hof oordeelde: “[T]he Commission recalls that a person complaining of an interference with his right to possessions must show that such a right existed (No. 12164/86, Dec. 12.10.88, D.R. 58, p. 63). In the present case, the decisions by which the German courts dismissed the applicants' claim could not have the effect of depriving them of a possession which they owned. The Commission therefore finds that the applicants have not shown that they have the right referred to”. Gelet op het ruime eigendomsbegrip van het EVRM betekent deze uitspraak vermoedelijk dat de eiser wel een recht op bescherming van de geheime kennis zou hebben genoten indien hij het bestaan van deze geheime kennis had kunnen aantonen (en niet dat geheime kennis nooit onder dit eigendomsbegrip zou kunnen vallen).

<sup>763</sup> Zie naar Duits recht: J. TAEGER, 53 *et seq.*; A. HARTUNG, 118-125.

<sup>764</sup> Cf. K. RIMANQUE en P. PEETERS, “De toepasselijkheid van grondrechten in de betrekkingen tussen private personen. Algemene probleemstelling” in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, (1) 29.

<sup>765</sup> Cf. EHRM 26 november 1991, nr. 13585/88, *Observer and Guardian v. United Kingdom*, §61-71. Dit is één van de arresten m.b.t. de bekende *spycatcher* affaire. De zaak betreft de publicatie van de memoires van een hooggeplaatste MI5 agent. De overheid van het Verenigd Koninkrijk had een voorlopig publicatieverbod verkrijgen voor de binnenlandse pers. Het boek werd enige tijd later echter in het buitenland uitgegeven. Het EHRM moet uitspraak doen over de geoorloofdheid van de beperking van het recht op vrije meningsuiting van de auteur (wat onder meer een onderzoek naar de noodzaak van de beperking in een democratische samenleving vereist). Het Hof stelt vast dat de beperking geoorloofd was in een eerste periode van 11 juli 1986 tot 30 juli 1987. Dit was echter niet meer het geval in de periode van 30 juli 1987 tot 13 oktober 1988. Het boek was ondertussen namelijk uitgegeven in de Verenigde Staten en dit betekende dat de informatie niet meer geheim was. Het loutere feit dat de voortzetting van het verbod zou bijdragen tot de reputatie en efficiëntie van de geheime dienst werd onvoldoende geacht als rechtvaardigingsgrond.

mededelingsplichten<sup>766</sup> van openbare orde steeds ongeoorloofd en bijgevolg absoluut nietig. Zo zijn *ambtenaren* op basis van art. 29 Sv. verplicht om misdrijven te melden waarvan ze kennis nemen in de uitoefening van hun ambt (dit artikel voorziet geen specifieke sanctie, maar de ambtenaar die zich niet correct kwijt van zijn verplichtingen stelt zich bloot aan de normale tuchtrechtelijke en burgerrechtelijke sancties). De discretieplicht van een *bankier* voor zijn cliënt rechtvaardigt niet de miskennis van mededelingsplichten van openbare orde, zoals de verplichting van een derde-beslagene om een nauwkeurige verklaring te doen van de sommen of zaken die het voorwerp zijn van het beslag (art. 1452 Ger.W.)<sup>767</sup>. Ook de discretieplicht van een notaris voor informatie die niet wordt gedekt door het beroepsgeheim moet wijken voor een eis van de belastingsadministratie op basis van de artikelen 322 en 323 WIB, die van openbare orde zijn<sup>768</sup>.

Ten tweede kan de geheimhoudingsplicht ook los van een specifieke wettelijke meldings- of medewerkingsplicht indruisen tegen de openbare orde of goede zeden<sup>769</sup>. Een materie is van openbare orde wanneer zij de essentiële belangen van de staat of van de gemeenschap raakt of in het privaatrecht de juridische grondslagen vastlegt waarop de economische of morele orde van de maatschappij rust<sup>770</sup>. De grondrechten van het EVRM belangen overigens ook de openbare orde aan<sup>771</sup>. De verspreiding van informatie over immorele of onrechtmatige feiten is niet per definitie legitiem in het licht van de openbare orde. De meester van het geheim *kan* nog steeds een

<sup>766</sup> Zie ook voor een Nederlands voorbeeld de NMa besluiten van 9 juli 2009 aangehaald in C.E.L. BRUINS, R.M. KERKHOF, I. KLEIN en M.M.A. VAN STRATEN, “Boete voor ex-werknemers wegens niet meewerken aan NMa onderzoek”, *Bedrijfsjuridische berichten* 2009, 217-223.

<sup>767</sup> Brussel 22 juni 2004, *DAOR* 2004, 39.

<sup>768</sup> Brussel 2 juni 2005, *FJF* 2006, 485.

<sup>769</sup> Cf. Rb. Antwerpen 1 maart 1991, *FJ* 1991, 341 (de bij artikel 17, 3°, a Arbeidsovereenkomstenwet aan de werknemers opgelegde discretieplicht en het fabrieksgeheim, geldt niet voor feiten welke een inbreuk uitmaken op een wetgeving van openbare orde zoals in casu de fiscale en strafwet). Duitse rechtspraak oordeelde dat een te bezwarende en niet door een belang geschraagde geheimhoudingsplicht indruist tegen de goede zeden (d.i. § 138 BGB): LAG Hamm 5 oktober 1988, Az 15 Sa 1403/88, *DB* 1989, 783. Zie tevens LG Koblenz 16 augustus 2006, Az 15 O 380/05, *FF* 2007, 155 (overeenkomst tussen ouders om de identiteit van de vader te verzwijgen druist in tegen de goede zeden omdat dit op ongerechtvaardigde wijze ingrijpt op de grondrechten van het kind).

<sup>770</sup> Cass. 9 december 1948, *Arr. Cass.* 1948, 615; Cass. 22 december 1949, *Arr. Cass.* 1950, 244; Cass. 15 maart 1968, *Arr. Cass.* 1968, 936; Cass. 19 maart 2007, *Pas.* 2007, 555; Cass. 10 maart 1994, *Arr. Cass.* 1994, 236. Deze definitie is gebaseerd op de analyse van De Page (H. DE PAGE, I, 110, nr. 91 *et seq.*). Zie tevens W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 79-82, nr. 28; J. DE CONINCK, “De toetsing van een overeenkomst aan de openbare orde naar Belgisch recht” in J. SMITS en S. STIJS (eds.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 187-229.

<sup>771</sup> Cf. W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, “L’ordre public et les droits de l’homme”, *JT* 1968, (658) 660; W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, “La convention européenne des droits de l’homme a-t-elle, dans le cadre du droit interne, une valeur d’ordre public” in *Les droits de l’homme en droit interne et en droit international*, Brussel, Presses universitaires de Bruxelles, 1968, (155) 202; J. VELAERS, *De beperkingen van het recht op vrije meningsuiting*, Antwerpen, Maklu, 1991, I, 246, nr. 233 (de rechten en vrijheden van het EVRM in het algemeen) en 374, nr. 390 (specifiek t.a.v. art. 10 EVRM); J.-F. ROMAIN, “L’ordre public (notion générale) et les droits de l’homme” in *L’ordre public concept et applications*, Brussel, Bruylant, 1995, (5) 49-50, nr. 22; H. VAN HOUTTE, “De internationalisatie van de openbare orde”, *Liber amicorum Walter Van Gerven*, Deurne, Kluwer, 2000, (166) 170, nr. 5 en 176, nr. 11; I. VERHELST, P. DE HERT en S. GUTWIRTH, “Cassatie en geheime camera’s: meer gaten dan kaas” (noot onder Cass. 27 februari 2001), *Pan.* 2001, (309) 315.

beschermenswaardig belang hebben bij de geheimhouding van informatie over feiten die onwettig of immoreel zijn<sup>772</sup>. De geheimplichtige beschikt niet over een discretionaire bevoegdheid om het geweten van de meester van het geheim te vervangen. Hij dient, bij gebrek aan specifieke wettelijke meldingsplicht<sup>773</sup>, de morele keuze voor geheimhouding van deze laatste in beginsel te respecteren. De geheimplichtige moet bewijzen dat de geheimhoudingsplicht *objectief* indruist tegen de openbare orde of leidt tot een buitensporige beperking op zijn grondrechten. Dit kan leiden tot een belangenafweging waarbij het recht op geheimhouding wordt afgewogen tegen het belang van de maatschappij om op de hoogte te zijn van de informatie<sup>774</sup>.

**227. Legitieme miskenning van geheimhoudingsplichten: *whistleblowing*.** De problematiek van de gerechtvaardigde miskenning van de geheimhoudingsplicht rijst in de praktijk vooral in de context van het zogenaamde “klokkenluiden” (in de Anglo-Amerikaanse terminologie: *whistleblowing*) door ondergeschikten. Een klokkenluider is een persoon (bv. een werknemer) die wetens en willens onrechtmatig gedrag van een andere persoon (bv. zijn werkgever) meldt aan één of meerdere derden (vaak de pers of de overheid). Dergelijk gedrag staat op gespannen voet met een contractuele geheimhoudingsplicht ten aanzien van deze andere persoon. Een werknemer is, conform de regel van art. 17, 3° Arbeidsovereenkomstenwet, verplicht tot geheimhouding van de zaken die hij verneemt in de uitoefening van zijn functie. Dit betekent dat hij zich in beginsel óók moet onthouden van de melding van moreel betwistbare handelspraktijken of wettelijke inbreuken. De werknemer die immorele of onwettelijke gedragingen van zijn werkgever aan het daglicht wil brengen, kan dit alleen doen indien zijn geheimhouding een te verregaande beperking op zijn grondrechten impliceert of om een andere reden de openbare orde zou miskennen. Een contractuele geheimhoudingsplicht die bestemd is om misdrijven te verbergen lijkt bijvoorbeeld bij uitstek ongeoorloofd te zijn<sup>775</sup>, evenals geheimhoudingsplichten over gevaren voor de volksgezondheid. In andere omstandigheden resulteert de miskenning van de geheimhoudingsplicht in een wanprestatie waarop de werkgever kan repliceren met een ontslag om dringende redenen (art. 35

---

<sup>772</sup> Duitsland: I. WESTERMANN, *Handbuch Know-how-Schutz*, 2007, 22, nr. 52; O. WENIGER, 230-231. Zie echter F. DEPENHEUER, *Zulässigkeit und Grenzen der Verwertung von Unternehmensgeheimnissen durch den Arbeitnehmer*, Inaugural Dissertation Köln, 1995, 18-20 (deze auteur beklemtoont dat de werkgever een beschermenswaardig belang moet hebben bij de geheimhouding); M. DEL CARMEN MOLA GALVAN, *Der zivilrechtliche Schutz von Betriebsgeheimnissen - zur Haftung von Arbeitnehmern – im deutschen und spanischen Recht*, Konstanz, Hartung-Gorre, 2001, 162.

<sup>773</sup> Het kan ook gaan om een vrijblijvend meldingsrecht. Zie bv. art. 458bis Sw. dat de geheimplichtige een discretionaire mogelijkheid biedt om bepaalde informatie te melden zonder te resulteren in een strafrechtelijk vervolgbare schending van het beroepsgeheim.

<sup>774</sup> Zie voor Canada en Engeland: R. MANES en M. SILVER, *The Law of Confidential Communications in Canada*, Ontario, Butterworths, 1996, 81-83.

<sup>775</sup> Verenigde Staten: Court of Appeals (6th District) 28 januari 2005, *Ventura v. The Cincinnati Enquirer*, nr. 03-3440, 396 F.3d 784 (“Ohio public policy precludes enforcement of agreements to conceal a crime where, as here, the plaintiff is effectively urging the court to enforce an agreement he reached with a co-conspirator to withhold evidence of plaintiff’s crimes”). Zie verder voor Engels recht: J. CHITTY, *Chitty on contracts*, 2008, I, 16-035 tot 16-037.

Arbeidsovereenkomstenwet) indien de tekortkoming voldoende zwaar is<sup>776</sup>, of indien elk vertrouwen in de werknemer verdwenen is.

**228. Criteria voor de geldigheid van *whistleblowing*: wettelijke regelingen.** Een wettelijke regeling is de meest transparante wijze om de legitimiteit van *whistleblowing* te regelen. Het Verenigd Koninkrijk kent, van de bestudeerde rechtsstelsels, de meest uitgewerkte bescherming van *whistleblowers* in de vorm van de *Public Interest Disclosure Act* van 1998 (dat een deel IVA toevoegt aan de *Employment Rights Act* van 1996). Deze *act* bevat een beschermingsregime met algemeen toepassingsgebied voor onthullingen waarvan een werknemer redelijkerwijze aanneemt dat een misdadig feit is gepleegd, aan de gang is of zal worden gepleegd, dat een wettelijke bepaling niet wordt nageleefd, dat een verkeerde rechtsbedeling zal gebeuren, dat de gezondheid van een persoon of het milieu in het gevaar is of dat informatie over dergelijke feiten opzettelijk wordt verborgen (S. 43B). Contractuele verplichtingen tot geheimhouding zijn nietig in de mate dat zij indruisen tegen dit onthullingsrecht (S. 43 J). De *act* bevat een getrappt systeem met als meest permissieve regime de interne onthulling aan de werkgever, en vervolgens mogelijkheden tot onthulling aan het openbare ministerie, een door de *Secretary of State* aangeduide persoon of zo nodig zelfs aan andere personen zoals de media (S. 43 C – G). Onthullingen aan deze laatste categorie personen zijn het strengst geregeld. Hierbij is onder meer vereist dat de onthulling niet met een winsttoegmerk gebeurt. De wetgeving voor *whistleblowers* (met onder meer de *Sarbanes-Oxley Act*, Sections 301 en 806) in de Verenigde Staten is dan weer zeer fragmentair<sup>777</sup>. Indien de onthulling in kwestie niet wordt gedekt door een wettelijk beschermingsregime, dient de onthuller terug te vallen op de algemene *common law* bescherming tegen onrechtmatig ontslag<sup>778</sup>. Ook in Duitsland<sup>779</sup> en Frankrijk<sup>780</sup> is de bescherming van *whistleblowers* vooral een jurisprudentiële bescherming tegen onrechtmatig ontslag. In Frankrijk werd in 2007 wel een wettelijke bescherming ingevoerd voor *whistleblowers*, maar deze heeft eveneens slechts een beperkt toepassingsgebied. De regeling geldt meer bepaald voor werknemers die te goeder trouw feiten in verband met corruptie melden aan hun werkgever of de bevoegde gerechtelijke of

<sup>776</sup> Arbh. Antwerpen 24 mei 1993, *JTT* 1994, 76; Arbh. Antwerpen 22 maart 1982, *Soc. Kron.* 1984, 220; Arbh. Brussel 5 mei 1980, *TSR* 1980, 159; Arbh. Brussel 20 februari 1980, *Med. VBO* 1981, 1784; Arbh. Luik 27 mei 1999 (geen dringende reden aanvaard); Arbh. Luik 25 oktober 1990, *JTT* 1991, 158; Arbbrb. Charleroi 26 januari 1987, *RRD* 1987, 185. In Nederland somt art. 7.10:678, lid 2, i. NBW de miskenning van de geheimhoudingsplicht overigens uitdrukkelijk op als mogelijke dringende reden (“Dringende redenen zullen onder andere aanwezig geacht kunnen worden: [...] i. wanneer hij bijzonderheden aangaande de huishouding of het bedrijf van de werkgever die hij behoorde geheim te houden, bekendmaakt”).

<sup>777</sup> De *Whistleblower Protection Act* van 1989 heeft bijvoorbeeld een ruim toepassingsgebied wat de meldbare feiten betreft, maar het personele toepassingsgebied van deze *act* blijft beperkt tot werknemers van de federale overheid.

<sup>778</sup> J. MENDELSON, “Calling the boss or calling the press: a comparison of British and American responses to internal and external whistleblowing”, 8 Wash. U. Global Stud. L. Rev. 723. Zie uitgebreid: F. CAVICO, “Private sector whistleblowing and the employment-at-will doctrine: a comparative, legal, ethical and pragmatic analysis”, 45 S. Tex. L. Rev. 543.

<sup>779</sup> BVerfG 2 juli 2001, 1 BvR 2049/00, *NJW* 2001, 3474; zie tevens BAG 3 juli 2003, 2 AZR 235/02, *NJW* 2004, 1547 en BAG 7 december 2006 AZR 400/05, *NJW* 2007, 2204. Deze Duitse rechtspraak heeft betrekking op de onthulling van strafbare feiten.

<sup>780</sup> Cass. soc. (fr.) 12 juli 2006, nr. 04-41.075, *Juris-Data* nr. 2006-034602.



administratieve autoriteiten (art. L. 1161-1 Code du Travail<sup>781</sup>). In België is tot nader order nog geen wetgeving voor *whistleblowers* in de privésector<sup>782</sup> van kracht<sup>783</sup> en moeten de criteria voor de geoorloofdheid van *whistleblowing* door de rechtspraak worden bepaald. Hierbij kan inspiratie worden geput uit de rechtspraak van het EHRM over de geoorloofdheid van *whistleblowing* op basis van het recht op vrije meningsuiting in de zin van artikel 10 EVRM<sup>784</sup>. Werknemers laten hun recht op vrije meningsuiting immers niet achter aan de ingang van de bedrijfsterreinen<sup>785</sup>. De specificiteit van de arbeidscontext heeft wel een invloed op de uitgestrektheid van dit recht aangezien de contractuele arbeidsrelatie beperkingen op dit grondrecht kan rechtvaardigen.

**229. Jurisprudentiële criteria: hoe mag de geheimplichtige kennis nemen van de informatie?** De wijze waarop de geheimplichtige kennis mag nemen van de informatie is een eerste mogelijke criterium voor de beoordeling van de geldigheid van de geheimhoudingsplicht. De werknemer mag niet actief op zoek gaan naar informatie over onrechtmatige feiten uit het verleden<sup>786</sup> of naar informatie die niet toegankelijk voor hem is in het kader van zijn functie<sup>787</sup>. Dit is strijdig met de

<sup>781</sup> Ingevoerd door de Loi nr. 2007-1598 van 13 november 2007 *relative à la lutte contre la corruption*, JO 14 november 2007, nr. 264, 18648.

<sup>782</sup> Zie tevens P. VAN EECKE, "Klokkenluiden in het bedrijfsleven: privacyaspecten", *DAOR* 2010, (21) 22-23.

<sup>783</sup> Voor de overheidssector in Vlaanderen kan worden gewezen op het Decreet van 7 mei 2004 houdende wijziging van het decreet van 7 juli 1998 houdende instelling van de Vlaamse Ombudsdienst, wat betreft de bescherming van ambtenaren die melding maken van onregelmatigheden, *BS* 11 juni 2004 (cf. art. 17bis *juncto* art. 3, §2 van het Decreet van 7 juli 1998). Zie voor een analyse van dit decreet: B. HUBEAU, "Klokkenluiders nemen hun institutionele verantwoordelijkheid op" in *Verantwoordelijkheid en recht*, Mechelen, Kluwer, 2008, 402-421. Zie tevens voor een stand van zaken over klokkenluiden: K. DE BISSCHOP en E. CARLIER, "Klokkenluidersregelingen in een grensoverschrijdende context", *Or.* 2009, 48-60; R. DRUYTS, "Een 'statuut' voor de 'klokkenluiders' in België. Wachten op de noodzakelijke cultuuromslag? Of: wachten op de invoering van een bescherming via een reglementaire of wettelijke tekst?", *TBP* 2003, 558-588; J. MAESSCHALCK en F. ORNELIS, "Een interdisciplinaire analyse van de klokkenluidersproblematiek in de openbare sector", *TBP* 2003, 535-557; T. MESSIAEN, "Klokkenluiders. Overzicht van wetgeving", *NjW* 2007, 922-926; F. SAELENS en C. GALAND, "Klokkenluidersregelingen binnen de Europese Unie", *Or.* 2006, 163-175; T. VAN CANNEYT, "Whistleblowing tussen hamer en aambeeld. Het spanningsveld tussen fraude bestrijding en privacybescherming", *CJ* 2008, 8-15.

<sup>784</sup> V. JUNOD, 227-260. In het arrest *Guja* toetst het EHRM op basis van de volgende criteria: "(i) whether the applicant had alternative channels for making the disclosure, (ii) the public interest in the disclosed information; (iii) the authenticity of the disclosed information; the detriment; whether the applicant acted in good faith; the severity of the sanction" (EHRM 12 februari 2008, nr. 14277/04, *Guja v. Moldova*).

<sup>785</sup> Cf. Cass. soc. (fr.) 8 december 2009, nr. 08-17191, *DAOR* 2010, 93; Antwerpen 7 februari 1996, *RW* 1996-97, 748, noot; N. VAN LEUVEN, 482-485; A. SMETS, *Vrijheid van meningsuiting van de werknemer in Advocatenpraktijk*, Mechelen, Kluwer, 2002, I, 9; P. HUMBLET, "Grondrechten in de onderneming: (g)een contradiction in terminis?" in M. RIGAUX en W. VAN EECKHOUTTE (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1997, (351) 378-381; P. HUMBLET, "(Willekeurig) ontslag, ontslagmacht en vakbondsvrijheid" (noot onder *Arbrb.* Gent 9 januari 1998), *RW* 1998-99, (888) 889; W. RAUWS en H. SCHYVENS, "De bescherming van werknemersgrondrechten binnen de individuele arbeidsverhouding" in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, (147) 216.

<sup>786</sup> Wrr. Ber. Gent 9 december 1935, *PP* 1936, 299, nr. 154.

<sup>787</sup> Cf. *Arbh.* Luik 25 oktober 1990, *Computerr.* 1992, 65, noot P. VAN DER HEIJDEN en *JTT* 1991, 158 (het uit nieuwsgierigheid oproepen en uitprinten van de salarisoverzichten van de werknemers door een computeroperator die daartoe niet de bevoegdheid had, maakt een dringende reden tot ontslag uit).

verplichting tot wederzijds respect en eerbied (art. 16 Arbeidsovereenkomstenwet) en met het wederzijdse vertrouwen dat aan de basis ligt van elke arbeidsovereenkomst, evenals de gemeenrechtelijke verplichting tot goede trouw in de uitvoering van de overeenkomst (art. 1134 BW). De werknemer mag geen inbreuken begaan bij het verzamelen van de informatie. Het stellen van *in se* strafbare gedragingen kan wel onbestraft blijven indien zij geschraagd worden door een strafuitsluitingsgrond. In deze context kan men denken aan de nood om informatie van groot publiek belang aan het licht te brengen.

**230. Mag de geheimplichtige de informatie lekken?** Een volgende vraag is of en, zo ja, in welke mate de geheimhoudingsplicht ten aanzien van de informatie ongeoorloofd is. Werknemers zijn discretie verschuldigd aan hun werkgever voor de informatie die zij in de uitoefening van hun functie vernemen (art. 17, 3° b) Arbeidsovereenkomstenwet). De arbeidsovereenkomst blijft echter onderworpen aan het gemene recht voor aangelegenheden die niet specifiek geregeld zijn in de Arbeidsovereenkomstenwet. De geheimhoudingsplicht geldt daardoor niet indien zij indruist tegen de openbare orde (artt. 6 en 1133 BW). Het loutere feit dat hun werkgever immoreel gedrag stelt, volstaat daarbij niet om de geheimhoudingsplicht naast zich neer te leggen. De geheimhoudingsplicht ten aanzien van de informatie moet objectief bekeken indruisen tegen de openbare orde<sup>788</sup> en niet louter tegen de persoonlijke opvattingen van de klokkenluider. Dit vloeit voort uit de omschrijving van de openbare orde als de essentiële belangen van de staat of van de gemeenschap en als de juridische grondslagen waarop de economische of morele orde van de maatschappij rust (*supra* randnr. 226).

Een werkgever is het slachtoffer van slagen en verwondingen. Hij beweert dat dit gedurende enige tijd heeft geleid tot een volledige arbeidsongeschiktheid (*incapacité totale de travail*). Een werkneemster vertelt echter aan haar partner dat deze bewering niet klopt. De werkgever werkte in die periode gewoon voort. Zij meldt haar partner tevens dat de computer van de werkgever bewijsstukken bevat in de vorm van een computerprogramma dat de arbeidsprestaties bijhield voor de facturering van het cliënteel. De partner is een politieagent en stelt vervolgens een proces-verbaal op van de beweringen. Dit proces-verbaal wordt voorgelegd aan de bevoegde autoriteiten. De werkgever ontslaat vervolgens de werkneemster om dringende redenen met als motivering het verlies van elk vertrouwen wegens miskenning van de professionele discretieplicht. De rechtbank volgt deze redenering: “la faute de madame G. (manquement à son devoir de discrétion professionnelle) est intrinsèquement grave”<sup>789</sup>. De loutere vaststelling dat de vrouw onrechtmatige feiten meldde, maakte de gedraging bijgevolg niet verschoonbaar.

Bij de vraag naar de geoorloofdheid van het klokkenluiden wordt in de meeste van de bestudeerde rechtsstelsels rekening gehouden met de motieven van de klokkenluider. Alleen de klokkenluider die te goeder trouw melding maakt van de onrechtmatige

---

<sup>788</sup> Cf. EHRM 12 februari 2008, nr. 14277/04, *Guja v. Moldova*, nr. 88 (de scheiding der machten, ongeoorloofde gedragingen door hooggeplaatste politici en mishandelingen door de politie zijn zeer belangrijke aangelegenheden in een democratische maatschappij en het publiek heeft een legitiem belang om erover te worden geïnformeerd),

<sup>789</sup> Arbrb. Luik 30 januari 2007, AR 359.457, onuitg., [www.strada.be](http://www.strada.be).

feiten wordt ten volle beschermd. Klokkenluiders met winstbejag of andere kwaadwillige motieven genieten geen of minstens niet dezelfde mate van bescherming<sup>790</sup>. Men kan hiertegen inbrengen dat de motieven van de klokkenluider *in se* niets afdoen aan het feit dat de openbare orde (resp. zijn vrijheden) in het gedrang worden gebracht door de geheimhoudingsplicht of dat bijvoorbeeld het publiek een aanzienlijk belang kan hebben bij de kennisname van het geheim ongeacht de manier waarop zij ervan op de hoogte worden gebracht.

### **231. Aan wie en op welke manier mag de geheimplichtige de informatie lekken?**

Eens vastgesteld dat de geheimplichtige actie mag ondernemen omdat de openbare orde in het gedrang is, luidt de tweede vraag aan wie en op welke manier de informatie mag worden gelekt. Uitgaande van de mogelijkheid om verbintenissen gedeeltelijk nietig te verklaren, hoeft alleen het onderdeel van de geheimhoudingsplicht dat indruist tegen de openbare orde (en dat bijgevolg onrechtmatig is) te worden vernietigd. De miskennis van de geheimhoudingsplicht dient in het licht van deze vaststelling zo beperkt mogelijk te blijven. Dit impliceert dat de potentiële klokkenluider de onrechtmatige situatie in beginsel eerst intern moet aankaarten<sup>791</sup>. Een externe escalatie is geoorloofd indien dit intern beroep geen effect heeft, nutteloos is (bv. omdat de feiten reeds zijn gepleegd en niet meer vatbaar zijn voor herstel) of te gevaarlijk zou zijn voor de betrokkene. Ook de externe verspreiding van de informatie moet zo beperkt mogelijk blijven. Het kan voor de vrijwaring van de openbare orde bijvoorbeeld reeds volstaan om de bevoegde overheidsinstantie (bv. de politie of de procureur) op de hoogte te brengen<sup>792</sup>. Deze instantie kan dan in alle discretie een onderzoek opstarten dat op termijn kan leiden tot een algemene bekendmaking van de informatie. Het is slechts in uiterste nood gepast om de informatie meteen bekend te maken aan het brede publiek (bv. indien de beperkte verspreiding aan de overheid geen effect heeft of indien het betrokken openbaar belang zo fundamenteel is dat het publiek onmiddellijk op de hoogte moet worden gebracht, zoals een acuut gevaar voor de volksgezondheid). De uit de proportionaliteitsvereiste voortvloeiende richtlijn om de verspreiding (in de mate van het mogelijke) slechts stapsgewijs te escaleren is overigens in het belang van de

<sup>790</sup> Engeland: *Public Interest Disclosure Act* van 1998; Frankrijk: art. L. 1161-1 *Code du Travail*; Duitsland: BAG 3 juli 2003, 2 AZR 235/02, *NJW* 2004, 1547 (dat een kwaadwillige mededeling als een vorm van rechtsmisbruik beschouwt). In de Verenigde Staten werd het toepassingsgebied van de *Whistleblower Protection Act* daarentegen geformuleerd als betrekking hebbende op “any disclosure” om aan te geven dat onder meer de motivatie van de federale werknemer niet van belang is voor de beoordeling van de geoorloofdheid van het klokkenluiden (S.Rept. 100-413, 100th Cong., 2nd sess. (1988), 13; L. PAIGE WHITAKER, “CRS Report for Congress. The Whistleblower Protection Act: An Overview”, 12 maart 2007, <http://openers.com/document/RL33918/2007-03-12>). Zie tevens kritisch over het criterium van de beweegredenen van de werknemer: V. JUNOD, (227) 237-238.

<sup>791</sup> Zie Wrr. Ber. Gent 9 december 1935, *PP* 1936, 299, nr. 154; vgl. met het getrapte karakter van art. 3, §2 Decreet van 7 juli 1998 houdende instelling van de Vlaamse ombudsdienst, *BS* 25 augustus 1998; zie tevens voor de Verenigde Staten: T. DWORKIN en E. CALLAHAN, “Buying silence”, *American Business Law Journal* 1998, (151) 187-188 (36 Am. Bus. L.J. 151) en op basis van het EVRM: EHRM 12 februari 2008, nr. 14277/04, *Guja v. Moldova*, nrs. 80-84.

<sup>792</sup> Cf. Arbh. Brussel 5 november 1998, *Soc. Kron.* 1999, 482, noot (een werknemer had documenten overgemaakt aan de Nationale Kamer van Gerechtsdeurwaarders, terwijl de rechtbank van oordeel is dat de enige bevoegde instantie de procureur is – de werknemer krijgt dan ook het verbod opgelegd om de documenten aan andere derden dan de territoriaal bevoegde procureur over te maken). Vgl. ook met Voorz. Arbrb. Aarlen 11 augustus 1992, *JTT* 1993, 87.

klokkenluider. Een klokkenluider die foutieve informatie signaleert, brengt immers zijn aansprakelijkheid in het gedrang indien blijkt dat hij onvoldoende inspanningen leverde om het waarheidsgehalte van de informatie te controleren<sup>793</sup>. Wat de toetsing aan de mensenrechten betreft, moet ten slotte rekening worden gehouden met de schade die de onthulling toebrengt aan de meester van het geheim<sup>794</sup>.

**232. Mag de informatie worden gebruikt als bewijs?** De vraag naar de rechtmatigheid van de geheimhoudingsplicht is te onderscheiden van de vraag of de met miskenning van een geheimhoudingsplicht verspreide informatie mag worden gebruikt als bewijs. Zo oordeelde het Hof van Cassatie dat de kennisname door een opgezegd personeelslid van documenten waartoe hij krachtens zijn dienstverband toegang heeft niet als dusdanig resulteert in een misdrijf of een onrechtmatige verkrijging, zodat het gebruik van deze documenten voor het bewijs van een misdrijf niet per definitie onregelmatig is<sup>795</sup>.

1.2.1.3 Invloed van de kwalificatie van de te leveren prestatie op de geoorloofdheid van het voorwerp of de oorzaak

**233. Toetsing van de geldigheid van beperkingen op de grondrechten en de uitwerking van rechten die de openbare orde aanbelangen - algemeen.** De vrijheid van arbeid en die van mededinging kan alleen worden beperkt op basis van een legitieme reden<sup>796</sup> (cf. de vereiste van een geldige oorzaak in artikel 1131 BW<sup>797</sup>). De beperking mag bovendien niet onredelijk zijn<sup>798</sup>. Deze beperking moet *in concreto*

<sup>793</sup> Cf. EHRM 12 februari 2008, nr. 14277/04, *Guja v. Moldova*, nr. 75.

<sup>794</sup> EHRM 12 februari 2008, nr. 14277/04, *Guja v. Moldova*, nrs. 76 en 90-91; Duitsland: BAG 7 december 2006 AZR 400/05, *NJW* 2007, 2204.

<sup>795</sup> Cass. 4 januari 1994, *Arr.Cass.* 1994, 1, concl. DU JARDIN. Volgens recente rechtspraak van het Hof van Cassatie volgt noch uit artikel 6 EVRM, noch uit artikel 8 EVRM, noch uit enige grondwettelijke of wettelijke bepaling dat een met miskenning van deze grondrechten verkregen bewijs altijd ontoelaatbaar is. De feitenrechter heeft tot taak om deze toelaatbaarheid te beoordelen (Cass. 10 maart 2008, *Pas.* 2008, 652; Cass. 21 november 2006, *Pas.* 2006, 2437; Cass. 8 november 2005, *Pas.* 2005, 2181. Zie ook EHRM 28 juli 2009, *L.D. v. België*, *RABG* 2010, 5, noot F. SCHUERMANS; Cass. 14 oktober 2003, *Arr.Cass.* 2003, 1862; zie voor een analyse van deze rechtspraak: F. SCHUERMANS, “Antigoon geen vrijgeleide voor onbehoorlijk politioptreden: trekt cassatie de teugels aan?” (noot onder Cass. 23 september 2008), *T. Strafr.* 2009, 152; F. SCHUERMANS, “Antigoon-rechtspraak nu definitief in de fase van de rustige vastheid” (noot onder EHRM 28 juli 2009), *RABG* 2010 17-24 en de talrijke verwijzingen aldaar.

<sup>796</sup> Deze visie is hoofdzakelijk ontwikkeld in het Franse recht, maar er zijn ook sporen van terug te vinden in de Belgische rechtspraak: Arbh. Brussel 29 januari 2008, *JTT* 2008, 277 (m.b.t. een beperking op de arbeidsvrijheid); vgl. Brussel 18 februari 1972, *Pas.* 1972, II, 90; Brussel 9 december 1907, *TBH* 1908, 217. Frankrijk: J.-L. BERGEL, “Les clauses de non concurrence en droit positif français”, (21) 23-24; S. GERARD, 120, nr. 150 (“quand l’obligation contractuelle de ne pas faire dépasse le cadre de la stricte protection de son créancier, elle perd son caractère de régularité par rapport à l’ordre public. Elle ne peut alors qu’être invalidée car l’atteinte à la liberté individuelle du débiteur qu’elle engendre devient inutile”) en 124, nr. 154 *et seq.*

<sup>797</sup> Zie uitgebreid naar Frans recht: Y. AUGUET, “Au nom de la cause (...), vive la généralisation du critère de proportionnalité!”, *Dr. & Pat.* 2001, 33-39.

<sup>798</sup> Kh. Hasselt 5 mei 2004, *Limb.Rechtsl.* 2007, 144, noot H. VAN GOMPEL; Brussel 18 februari 1972, *Pas.* 1972, II, 90; Gent 22 maart 1952, *RW* 1952-53, 714; Gent 21 januari 1950, *RCJB* 1950, 273, noot M. GEVERS; Voorz. Kh. Brussel 9 januari 1995, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 1995, 713; Kh. Leuven 2 december 1980, *RW* 1980-81, 2131; Brussel 9 december 1907, *TBH* 1908, 217; N. ULBURGHS, “Het niet-concurrentiebeding in overname-overeenkomsten”, *V & F* 1998, (99) 99; vgl. J. VAN STEENBERGE, “Het niet bedongen concurrentieverbod bij de overdracht van een handelszaak”,

worden getoetst aangezien niet elke contractuele afspraak de vrijheid van de partijen op dezelfde wijze beperkt. Het onderscheid tussen de werking van een geheimhoudingsplicht en een niet-concurrentieplicht is daardoor van belang voor deze toetsing. Rechtspraak en rechtsleer zijn namelijk gunstiger gestemd tegenover geheimhoudingsplichten dan tegenover niet-concurrentieverplichtingen omdat deze de vrijheid van de schuldenaar doorgaans op een minder storende wijze beperken.

De gemeenrechtelijke sanctie van een ongeldige beperking is de nietigheid (*cf.* de artikelen 6, 1131 en 1133 BW). Er bestaan echter rechtsfiguren die de draagwijdte van de nietigheid kunnen beïnvloeden, meer bepaald de eventuele (in België vooralsnog echter *niet* aanvaarde) mogelijkheid tot reductie (*infra* randnr. 440) of de splitsbaarheid (*infra* randnr. 534 *et seq.*).

**234. Geldigheidsvereisten niet-concurrentieplicht *sensu stricto*.** De geoorloofdheid van de niet-concurrentieplicht vereist een legitiem belang in hoofde van de schuldeiser en een niet te verregaande beperking van de vrijheid van de schuldenaar<sup>799</sup>. Het niet te verregaande karakter van de beperking impliceert enerzijds dat de beperkingen niet verder mogen gaan dan noodzakelijk om het legitieme belang van de schuldeiser te vrijwaren<sup>800</sup>. Het gaat in dat opzicht om een criterium dat accessoir is aan het legitieme belang. Het is anderzijds echter ook een onafhankelijk criterium: de beperkingen mogen de vrijheid van de schuldenaar niet op een te verregaande wijze beperken, *zelfs* al zou de schuldeiser daar een legitiem belang voor kunnen aanvoeren<sup>801</sup> (zo moet de schuldenaar van een niet-concurrentiebeding in staat blijven om een gepast beroep uit te oefenen). Deze vaststelling is terug te leiden op de belangenafweging die eigen is aan situaties waarin grondrechten met elkaar in conflict komen (*supra* randnr. 225).

De proportionaliteitstoets is in deze context *geen* loutere toetsing van de uitoefening van een geldige clausule op rechtsmisbruik. Het gaat om een geldigheidstoets die kan leiden tot de nietigheid van de clausule. De schuldeiser van de clausule moet een legitiem belang hebben en de beperkingen die worden opgelegd aan de schuldenaar mogen niet verder gaan dan noodzakelijk om dit legitieme belang

---

*Jura Falconis* 1965-66, (88) 94. Zie voor de corresponderende toetsing op basis van de *restraint of trade* doctrine in de *common law* rechtstelsels *infra* randnr. 408. In het Franse arbeidsrecht zijn deze criteria wettelijk vastgelegd in artikel L 1121-1 Code du Travail (“Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché”).

<sup>799</sup> Zie voor een analyse van de Franse rechtspraak over de proportionaliteitsvereiste bij de niet-concurrentieplicht o.m. W. DROSS, *Clausier*, 339-340; Y. AUGUET, *Concurrence et clientèle* in *Bibliothèque de droit privé*, 345, nr. 350 *et seq.* Zie ook S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 2000, 189, nr. 485 *et seq.*; A. BERTOLOTTI, “La clause de non-concurrence en droit du travail et en droit commercial” (noot onder Cour d’appel Luxemburg 11 juli 2001), *DAOR* 2009, (292) 293. Zie naar Duits recht o.m. BGH 13 maart 1979, KZR 23/77, *NJW* 1979, 1605; BGH 14 juli 1997, II ZR 238/96, *NJW* 1997, 3089.

<sup>800</sup> In de context van het Franse arbeidsrecht vereist de rechtspraak ook een geldelijke tegenprestatie voor de niet-concurrentie – *cf.* o.m. Cass. soc. (fr.) 18 september 2002, nr. 99-46.136, *Bull. civ.* 2002, V, 263, nr. 273

<sup>801</sup> De Franse rechtspraak stelt zich wel milder op door te aanvaarden dat de rechter dergelijke vormen van buitensporigheid kan matigen in plaats van hen onverkort nietig te moeten verklaren (*cf. infra* randnr. 422).

te vrijwaren. Deze toetsing hoeft geen verbazing te wekken. Zij is namelijk niet uniek van toepassing op niet-concurrentieplichten, maar geldt voor alle afspraken (m.i.v. geheimhoudingsplichten) die fundamentele rechten en vrijheden aanbelangen. Zij vloeit voort uit de gemeenrechtelijke geldigheidsvereisten van de overeenkomst. Een overeenkomst vereist immers een geldig voorwerp en geldige oorzaak. Deze elementen mogen niet indruisen tegen de openbare orde. Een te verregaande beperking van fundamentele rechten en vrijheden is in strijd met deze vereisten.

De proportionaliteit van de niet-concurrentieplicht wordt klassiek getoetst aan drie criteria: de niet-concurrentieplicht moet welbepaalde *activiteiten* viseren en moet beperkt zijn in de *ruimte* en (/of) in de *tijd*<sup>802</sup>. Een buitensporige beperking (en *a fortiori* een ongebreidelde beperking) van de concurrentievrijheid in het licht van deze criteria maakt het concurrentieverbod ongeldig. Men kan zich de vraag stellen of het gaat om alternatieve dan wel om cumulatieve voorwaarden. Naar Frans recht werd in het verleden geponeerd dat het gaat om alternatieve voorwaarden (er was ook cassatierechtspraak die deze positie ondersteunde)<sup>803</sup>. Er is echter een evolutie merkbaar in de positie van het Franse Hof van Cassatie. Recentere cassatierechtspraak vereiste in de context van het arbeidsrecht<sup>804</sup> en franchiseovereenkomsten<sup>805</sup> namelijk de cumulatieve vervulling van de criteria<sup>806</sup>.

In de huidige stand van het *Belgische recht* gaat het om *cumulatieve voorwaarden*<sup>807</sup>. Het is wel zo dat rechters bij gebrek aan uitdrukkelijke regeling van één of meerdere

---

<sup>802</sup> Vgl. vanuit een Europeesrechtelijk mededingingsperspectief: EHJ 11 juli 1985, nr. 42/84, *Remia / Commission of the European Communities*, ECR 1985, 2545, overweging 20 (m.b.t. de overdracht van een onderneming).

<sup>803</sup> Y. SERRA, *L'obligation de non concurrence*, 159; A. WYVEKENS, "Observations sur l'obligation de ne pas faire", (319) 341-342; zie ook M.-E. ANDRE, M.-P. DUMONT en Ph. GRIGNON, 159 *et seq.*

<sup>804</sup> Cass. soc. (fr.) 10 juli 2002 (drie beslissingen), *JCP E* 2002, 1511, *Juris-Data* nr. 2002-015271, noot D. CORRIGNAN-CARSIN; Cass. soc. (fr.) 18 september 2002, nr. 99-46.136, *Bull. civ.* 2002, V, 263, nr. 273.

<sup>805</sup> Cass. com. (fr.) 24 november 2009, *Juris-Data* nr. 2009-050560.

<sup>806</sup> Zie dan ook *pro* cumulatieve voorwaarden: N. DISSAUX, "Franchise. Retour sur la validité des clauses de non-concurrence en matière de franchise" (noot onder Cass. com. (fr.) 24 november 2009), *JCP E* 2010, 1220; zie tevens nog de analyse van D. CORRIGNAN-CARSIN, "Conditions cumulatives de validité d'une clause de non-concurrence" (noot onder Cass. soc. (fr.) 10 juli 2002 (drie beslissingen)), *JCP E* 2002, 1511.

<sup>807</sup> Gent 25 mei 2005, *DAOR* 2005, 334; Kh. Hasselt 5 mei 2004, *Limb. Rechtsl.* 2007, 144, noot H. VAN GOMPEL; Voorz. Kh. Brussel 9 januari 1995, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 1995, 713; Kh. Gent 8 maart 1984, *JT* 1984, 447; Kh. Leuven 2 december 1980, *RW* 1980-81, 2131, noot L. NEELS Kh. Gent 17 juli 1915, *J. C. Fl.* 1915, 147, noot C.D.; Kh. Gent 31 januari 1914, *J. C. Fl.* 1914, 76; vgl. Kh. Brussel 19 mei 1914, *TBH* 1914, 296; zie *contra* o.m. Gent 19 maart 1927, *J. C. Fl.* 1927, 221; Gent 14 mei 1887, *Pas.* 1887, II, 320; Kh. Gent 17 oktober 1996, *TGR* 1997, 26; Kh. Verviers 20 maart 1978, *JL* 1979, 133; Kh. Kortrijk 25 februari 1956, *RW* 1956-57, 1859; vgl. Brussel 15 oktober 1938, *BJ* 1938, 288, noot E. BETTE; Gent 22 maart 1952, *RW* 1952-53, 714). Zie tevens S. CLAEYS, *Franchising in Recht en Onderneming*, Brugge, die Keure, 2009, 546, nr. 674; L. CORNELIS en V. SAGAERT, "Postcontractuele bedingen", 316-317; D. MATRAY, Ch. DUVIEUSART en L. MASSON, "Les clauses conventionnelles de garantie dans les cessions de fonds de commerce" in H. COUSY, B. TILLEMEN en A. BENOIT-MOURY (eds.), *De handelszaak – Le fonds de commerce*, Brugge, die Keure, 2001, (215) 226; G. CASSART, "Le contrôle judiciaire des renoncations conventionnelles aus droits aliénables de la personnalité en droit belge" in *Travaux de l'association Henri Capitant 1959-60*, Parijs, Dalloz, 1963, XIII, (122) 139-141; N. ULBURGHES, "Het niet-concurrentiebeding in overname-overeenkomsten", (99) 99 en 102-104; F. BOUCKAERT, *De handelszaak*, 42-43, nr. 101; L. NEELS, *RW* 1980-81, (2132), 2133; C.D., noot onder Kh. Gent 17 juli 1915, *J. C. Fl.* 1915, (150) 153. E. BETTE, *BJ* 1938, (292) 293; F. DE LY, "Non-compete clauses in international contracts", (441) titel III.2.1; M.

van deze criteria nog kunnen vaststellen dat zij *impliciet* geregeld zijn<sup>808</sup>. Dit betekent echter niet dat een dergelijke impliciete regeling *ipso facto* aanwezig zou zijn<sup>809</sup>. Het gemeenrechtelijke toetsingsregime is niet wettelijk bepaald. Het is gebaseerd op vaste rechtspraak met als algemene grondslagen de vrijheid van handel (*cf.* het Decreet d'Allarde<sup>810</sup>), de openbare orde (artikel 6 BW) en de geoorloofdheid (artikel 1131 BW) van de oorzaak en het voorwerp. Het verdient daarom de voorkeur om de criteria in het gemene recht niet al te rigide in te vullen en bijvoorbeeld te aanvaarden dat een ruimer toepassingsgebied nog tot op zekere hoogte kan worden gecompenseerd met een kortere duurtijd. Dit geldt uiteraard slechts behoudens andersluidende wettelijke verplichtingen en steeds mits aanwezigheid van een legitiem belang in hoofde van de schuldeiser bij de concrete regeling. De toets is kortom de mate waarin de schuldeiser van het beding (rekening houdend met de lasten die het op de schuldenaar legt) een geldig, beschermenswaardig belang heeft bij het niet-concurrentiebeding zoals het *in concreto* is uitgewerkt en de mate waarin deze uitwerking de vrijheid van mededinging van de schuldenaar beperkt, zonder dat men zich daarom onvermurwbaar moet vastpinnen op rigide criteria.

**235. Geldigheidsvereisten geheimhoudingsplichten.** De vereisten van een legitiem belang en de proportionaliteit gelden ook voor andere vormen van beperkingen op de vrijheid van arbeid en handel, zoals geheimhoudingsplichten. Ook hier tracht de schuldeiser immers een competitief voordeel te halen door de vrijheid van zijn schuldenaar te beperken. Het legitieme belang bij een geheimhoudingsplicht schuilt in de economische (of bij discretieplichten eventueel morele) waarde van het geheime karakter<sup>811</sup> van de informatie, met andere woorden in de concurrentiële voorsprong die de bewaring van het geheim biedt op geïnteresseerde personen die niet op de hoogte zijn van de informatie. De vereiste van een legitiem belang bij de geheimhouding en de algemene proportionaliteitsvereiste om de vrijheid van de geheimplichtige niet meer dan noodzakelijk te beperken, verklaren waarom een geheimhoudingsplicht in beginsel (*cf. infra* randnr. 348 voor de zogenaamde discretieplichten als uitzondering) betrekking moet hebben op informatie die daadwerkelijk geheim is. Het legitieme belang bij het stipuleren van beperkingen ten aanzien van informatie die eigenlijk niet geheim is, zal namelijk doorgaans erg beperkt tot zelfs onbestaande zijn. Dit impliceert dat de meester van het geheim zich dient te hoeden voor al te ruime omschrijvingen van het voorwerp waarbij ook informatie uit het openbare domein zou ressorteren onder de geheimhoudingsplicht.

---

GEVERS, noot onder Gent 21 januari 1950, *RCJB* 1950, (277) 291-292. Deze criteria worden ook in het Duitse recht cumulatief opgevat: BGH 13 maart 1979, *KZR* 23/77, *NJW* 1979, 1605; BGH 14 juli 1997, II *ZR* 238/96, *NJW* 1997, 3089.

<sup>808</sup> Voorz. Kh. Brussel 9 januari 1995, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 1995, 713; D. MATRAY, Ch. DUVIEUSART en L. MASSON, "Les clauses conventionnelles de garantie dans les cessions de fonds de commerce", (215) 226-227 en de verwijzingen aldaar.

<sup>809</sup> Antwerpen 13 september 1979, *RW* 1979-1980, 2008, noot H. SWENNEN; Rb. Gent 22 november 1893, *PP* 1894, 188, nr. 348..

<sup>810</sup> *Infra* voetnoot 1469.

<sup>811</sup> Dit belang duurt naargelang de omstandigheden voort totdat de informatie publiek wordt, via een alternatief kanaal op legitieme wijze in het bezit komt van de geheimplichtige, voorbijgestreefd is of totdat de voorsprong op het brede publiek die de geheimplichtige uit zijn eerdere kennis zou putten is verdwenen.

De bijzondere invulling van de proportionaliteitstoets voor klassieke niet-concurrentieplichten (d.i. de drie cumulatieve criteria) geldt daarentegen niet onverkort voor geheimhoudingsplichten. Het gaat hier om rechterlijke criteria die specifiek werden uitgedacht voor de toetsing van niet-concurrentieplichten in de strikte zin (waarbij de schuldenaar bepaalde commerciële activiteiten als dusdanig niet mag uitoefenen). De toetsing van geheimhoudingsplichten aan dergelijke restrictieve criteria zou de effectiviteit van deze bescherming uithollen. Het doel is om het geheime karakter van de informatie in het algemeen te vrijwaren (los van specifieke activiteiten of locaties). Dit doel kan niet worden bereikt indien de geheimplichtige steeds het recht zou moeten hebben om de informatie te verspreiden of te gebruiken voor andere dan welomlijnde activiteiten of op andere locaties dan een welomlijnd territorium. Dergelijke beperkingen zouden leiden tot ongecontroleerde *spill overs* van de informatie vanuit onbeschermden activiteiten of territoria naar de beschermde. De aard van een geheimhoudingsplicht is bijgevolg moeilijk verenigbaar met de geldigheidsvereisten van de beperktheid in territorium en activiteit aangezien onthullingen in andere territoria of een gebruik voor andere activiteiten het geheime karakter van de informatie kunnen aantasten en de legitieme belangen van de meester van het geheim kunnen verstoren. Daarom moet in beginsel worden aanvaard dat geheimhoudingsplichten zonder beperking op het vlak van hun territoriale werking niet onredelijk zijn<sup>812</sup>. Zo kan een wereldwijd verbod om geheime informatie te verspreiden redelijk worden bevonden. Ongecontroleerde verspreidingen van informatie worden immers niet tegengehouden door nationale grenzen<sup>813</sup>. Het verhoogt hooguit de bewijslast dat deze beperking wel degelijk redelijk is. Een beperking in de tijd is als dusdanig niet al te problematisch<sup>814</sup> voor zover de termijn louter bepaalbaar mag zijn (bv. zolang de informatie geheim is<sup>815</sup>) en niet reeds vooraf specifiek zou moeten worden bepaald. Dit laatste zou immers kunnen leiden tot een

<sup>812</sup> Verenigde Staten: H. BLAKE, "Employee agreements not to compete", 73 Harv. L. Rev. 625, 675 en 679. Zie voor de staat Georgia: Supreme Court Georgia 10 mei 1973, *Durham v. Stand-By Labor of Georgia*, 230 Ga. 558. De rechtspraak in Illinois vereiste in eerste instantie niettemin ook een territoriale beperking: L. STEVENS, "When Should a Confidentiality Agreement Contain a Time Limit?", *Franchise Law Journal* 1999, (3) 3 (19 Franchise L.J. 3) (de aangehaalde rechtspraak is ondertussen uitdrukkelijk geneutraliseerd door een wettelijke tussenkomst - cf. § 8 van de Illinois Trade Secrets Act (765 ILCS 1065/8)). Zie verder nog M. MOSKIN, *Commercial contracts: strategies for drafting and negotiating*, New York, Wolters Kluwer, 2003-2 Supplement, 12-30, nr. 14 (m.b.t. de onduidelijkheid op dit punt in de staat New York).

<sup>813</sup> Court of Appeal (Civil Division) 9 februari 1998, *Scully UK Ltd v Lee*, [1998] EWCA Civ 188 ("The fact that the clause is not limited to the United Kingdom does not, in my view make it unreasonable. Business is becoming increasingly international and the covenant is to protect dissemination of confidential information. That is not constrained by national boundaries").

<sup>814</sup> Want een eeuwige duur zou de vrijheid van de schuldenaar buitensporig in het gedrang kunnen brengen zonder dat de informatieverstrekker daar een legitiem belang bij zou kunnen laten gelden. Dit criterium is bovendien desgevallend nog terug te leiden op de gemeenrechtelijke scepsis t.a.v. eeuwigdurende verbintenissen - cf. *infra* randnr. 420).

<sup>815</sup> Vgl. art. 5, laatste lid verordening nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, *Pb. L* 23 april 2010, afl. 102, 1. Dit lid stelt dat *een niet in tijd beperkte beperking op het gebruik en de openbaarmaking van knowhow* (cf. art. 1, 1., g) van de verordening) *die niet tot het publieke domein behoort* niet per definitie is uitgesloten van de in art. 2 van de verordening voorziene uitzondering op art. 101, 1. Verdrag Werking Europese Unie.



verlies van de bescherming voordat het geheime karakter informatie (en corresponderend daarmee het legitieme belang van de meester van het geheim bij de geheimhouding) is verdwenen. Het belangrijkste criterium voor de beoordeling van de geldigheid van de bedongen duur is de te verwachten duur van het geheime karakter van de informatie. Daarnaast kunnen ook de verwachte duur waarin de geheimplichtige de informatie zelf had kunnen ontwikkelen (voor zover de geheimplichtige daar al toe in staat zou zijn voor de informatie in kwestie), waarin derden hem de informatie op legitieme wijze zouden kunnen verstrekken of de te verwachten duur van de bruikbaarheid van de informatie relevante criteria zijn.

Een geheimhoudingsplicht die bestemd zou zijn om voort te duren na verlies van het geheime karakter van de informatie dient vanaf dit tijdstip strenger te worden beoordeeld. Het legitieme belang van de informatieverstrekker (dat een verdergaande beperking van de bewegingsvrijheid van de schuldenaar rechtvaardigt *ten aanzien van de informatie in kwestie*) bij de geheimhoudingsplicht verdwijnt immers samen met het geheime karakter van de informatie. De schuldeiser kan bedingen dat de geheimhoudingsplicht op dat moment wordt getransformeerd naar een niet-concurrentieplicht *sensu stricto*. Deze regeling dient dan wel te voldoen aan de strengere toetsingscriteria op het vlak van de activiteit, het territorium en de duur die gelden voor deze vorm van beperking.

**236. Onderscheid tussen (de geldigheidstoets bij) de geheimhoudingsplicht en de niet-concurrentieplicht *sensu stricto*.** Het onderscheid tussen de geheimhoudingsplicht en de niet-concurrentieplicht ligt *niet* in het feit dat de eerstgenoemde verplichting de vrijheid van de geheimplichtige niet zou beperken en dat alleen de laatstgenoemde verplichting dat zou doen<sup>816</sup>. Ook een verplichting om informatie niet te verspreiden of te gebruiken voor niet-toegestane doeleinden beperkt de vrijheid van de schuldenaar. Het onderscheid schuilt *evenmin* in het feit dat een niet-concurrentieplicht *sensu stricto* alleen het gebruik van informatie en een geheimhoudingsplicht alleen de verspreiding zou viseren. Een geheimhoudingsplicht bevat namelijk in beginsel zowel een verspreidingsverbod als een gebruiksverbod (voor andere dan de toegestane doeleinden)<sup>817</sup>. Bovendien kan ook een niet-concurrentieplicht een verbod opleggen om informatie te verspreiden of te gebruiken (meer bepaald in de mate dat dit een daad van concurrentie zou zijn). Een concurrentieverbod viseert immers niet alleen de rechtstreekse mededinging door de schuldenaar van het beding, maar ook onrechtstreekse mededinging in de vorm van dienstverlening aan concurrenten van de schuldeiser.

Het verschil in maatstaf voor de beoordeling van de geheimhoudings- en niet-concurrentieplicht ligt precies in het feit dat de betrokken belangen bij deze verplichtingen anders zijn. Dit leidt tot een andere belangenafweging bij de toetsing van de geoorloofdheid. De geheimhoudingsplicht heeft geheime informatie als voorwerp en dit rechtvaardigt verdergaande beperkingen op het gedrag van de geheimplichtige ten aanzien van deze informatie, doch slechts zolang zij geheim

---

<sup>816</sup> Zie nochtans de verwijzingen *infra* randnr. 432 en P. GOURDON, 59.

<sup>817</sup> Cf. *infra* randnr. 306 *et seq.*

blijft<sup>818</sup> (resp. zo lang de geheimplichtige de informatie niet op een andere manier legitiem zou kunnen vernemen). De geheimhoudingsplicht heeft alleen betrekking op specifieke geheime informatie die niet mag worden gebruikt of verspreid voor niet-toegestane doeleinden. Alle andere -ook concurrentiële- daden van de geheimplichtige blijven toegestaan<sup>819</sup>. De geheimhoudingsplicht heeft slechts tot doel om zo goed mogelijk de situatie te benaderen alsof de informatie nooit verstrekt zou zijn aan de geheimplichtige (voor andere dan de toegestane gebruiksdoeleinden). Een noodzakelijk corrolarium daarvan is dat de geheimplichtige beperkt wordt in zijn gedrag ten aanzien van de informatie. Dit beperkt zijn economische vrijheid niet op onredelijke wijze aangezien het alternatief is dat de informatie hem gewoon niet verstrekt zou geweest zijn en hij dus nog slechter af zou zijn dan met zijn geheimhoudingsplicht. Het beperkt deze vrijheid ook niet verder dan nodig aangezien hij op zich nog altijd daden zou mogen stellen zonder gebruik van de informatie en aangezien een geheimhoudingsbeding geheime informatie als voorwerp heeft en dus bestemd moet zijn om uiterlijk te vervallen wanneer dit geheime karakter verdwijnt. De geheimplichtige geniet hier meer vrijheid dan een niet-concurrentieplicht *sensu stricto* in de zin dat hij alleen de geheime informatie niet mag gebruiken of verspreiden voor niet-toegestane doeleinden. Hij mag voor het overige nog steeds concurrentiële daden stellen<sup>820</sup>. Een niet-concurrentiebeding heeft daarentegen tot doel om concurrentiële daden in het algemeen te voorkomen en dit onafhankelijk van het al dan niet geheime karakter van de informatie waarop deze daden gebaseerd zijn. Deze verschillende doelstelling (bescherming van geheime informatie – verbod van concurrentiële daden in het algemeen) heeft tot gevolg dat de toetsing van deze verplichtingen een andere belangenafweging vereist. De weerslag van de geheimhoudingsplicht op de vrijheid van de geheimplichtige is daardoor anders dan bij een niet-concurrentiebeding *sensu stricto*. Het hoeft daardoor niet te voldoen aan elk van de klassieke geldigheidsvereisten die daarvoor gelden.

---

<sup>818</sup> Ook het uitzonderingsregime voor het verbod op mededingingsbeperkende afspraken van de verordening nr. 772/2004 van de Commissie van 27 april 2004 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3 van het Verdrag op groepen overeenkomsten inzake technologieoverdracht (*Pb. L* 27 april 2004, afl. 123,11) geldt bijvoorbeeld slechts in de mate dat de *knowhow* geheim blijft (*cf.* art. 1, 1., i) *juncto* art. 2, tweede lid). Hetzelfde geldt voor het uitzonderingsregime inzake beperkingen op het gebruik en de bekendmaking van geheime *knowhow* bij verticale overeenkomsten: art. 5, laatste lid *juncto* art. 1., 1., g) verordening nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, *Pb. L* 23 april 2010, afl. 102, 1.

<sup>819</sup> *Cf.* Cour d'appel Parijs (Kamer 5 sectie B), 7 december 1989, nr. JurisData: 1989-025856.

<sup>820</sup> Nederland: Ch. GIELEN, 30; Frankrijk: S. ROBINNE, noot onder Cour d'appel Dijon 6 april 2000, *D* 2002, 1271 ("L'employeur se croyait sans doute à l'abri en imposant une clause de confidentialité à chacun de ses salariés. Celle-ci a pourtant un objet limité. Si elle interdit en effet à un ancien salarié la divulgation d'informations obtenues dans le cadre de son activité professionnelle, elle ne l'empêche pas d'exercer une activité concurrentielle. Les deux anciens salariés de la société [...] étaient donc parfaitement en droit de créer une société concurrente à l'expiration de leur contrat de travail"); Y. SERRA, noot onder Cour d'appel Versailles 27 september 1994, *D* 1995, 205 ("une clause de secret n'oblige qu'à la non-divulgation mais son débiteur conserve la liberté d'exercer son activité en concurrence avec le créancier de l'obligation de confidentialité, alors qu'une clause de non-concurrence implique non seulement la non-divulgation, mais encore et surtout l'interdiction de mettre en oeuvre ces connaissances dans le cadre d'une activité concurrentielle"). Zie tevens voor Duitsland: BAG 19 mei 1998, AZ 9 AZR 394/97, *BB* 1999, 212.

In dat opzicht kan men de toetsing van de geoorloofdheid beschouwen als een glijdende schaal waarbij de geheimhoudingsplicht ruimere beperkingen op de vrijheid van de schuldenaar rechtvaardigt ten aanzien van een specifiek voorwerp (vertrouwelijke informatie), terwijl een niet-concurrentieplicht slechts minder verregaande beperkingen rechtvaardigt ten aanzien van een ruimer voorwerp (dadenvan concurrentie). Hoe dan ook zijn de achterliggende grondrechten en principes van openbare orde dezelfde en mag geen van beide verplichtingen resulteren in een buitensporige beperking van de economische vrijheid van de schuldenaar.

Het ijkpunt van de toetsing is niet de loutere kwalificatie van de beperkingen door de partijen, maar hun concrete werking en de weerslag ervan op de vrijheid van de schuldenaar. Een geheimhoudingsplicht die dezelfde verregaande gevolgen blijkt te hebben als een niet-concurrentieplicht *sensu stricto* (bijvoorbeeld omdat de geheimplichtige *de facto* geen concurrerende activiteit meer blijkt te mogen uitoefenen) moet ook aan dezelfde strengere standaarden worden getoetst<sup>821</sup>. Een verbod op het gebruik of de verspreiding van *persoonlijke handigheid of ervaring* is daardoor, ook al zou zij geformuleerd zijn als een geheimhoudingsplicht, in beginsel een volwaardige niet-concurrentieplicht *sensu stricto*. Een dergelijk verbod kan bijgevolg niet genieten van de afwijkende geldigheidstoets die geldt voor geheimhoudingsplichten. De schuldeiser kan zich in deze hypothese niet beroepen op het legitieme belang dat hij heeft bij de bescherming van geheime informatie die eigen is aan zijn onderneming. Het gaat namelijk niet om informatie die eigen aan de onderneming als dusdanig is, maar om informatie die de werknemer persoonlijk ontwikkelde doorheen zijn carrière. Deze informatie komt daardoor louter toe aan de werknemer. Dit verbod resulteert bovendien *de facto* in een beperking van de toegelaten activiteitsfeer van de werknemer, zoals een niet-concurrentieplicht *sensu stricto* dat doet (en niet louter in een beperking van specifieke gedragingen die al dan niet binnen deze activiteitsfeer zouden plaatsvinden). Wie zijn persoonlijke handigheid en ervaring niet mag aanwenden, kan in werkelijkheid zijn arbeid niet meer presteren of niet meer concurreren. Een geheimhoudingsplicht in de strikte zin

---

<sup>821</sup> Vgl. Verenigde Staten: H. BLAKE, "Employee agreements not to compete", 73 Harv. L. Rev. 625, 678 en 679; J. SHORT, "Killing the messenger: the use of nondisclosure agreements to silence whistleblowers", 60 U. Pitt. L. Rev. 1207, 1221-1222; specifiek voor Georgia: P. QUITMEYER, "Trade secrets and confidential information under Georgia Law", 19 Ga. L. Rev. 623, 668-669; voor South Carolina: Court of Appeals South Carolina 22 april 1996, *Carolina Chemical Equipment Company v. Muckenfuss*, 322 S.C. 289; vgl. nog US District Court (Colorado) 16 april 2001, *Harvey Barnett v. Shidler*, 143 F.Supp.2d 1247 (de beweerdte *trade secrets* bleken publiek bekende informatie te zijn, zodat het om een *covenant not to compete* ging). Cour d'appel Versailles (5e kamer) 27 september 1994, *D.* 1995, Somm. 205, not Y. SERRA; Dijon (1e kamer) 6 april 2000, *D.* 2002, Somm. 1271, noot S. ROBINNE. Zie verder Cass. soc. (fr.), 19 mei 1969, *Bull. civ.* 1969, V, nr. 330; Cass. soc. (fr.) 5 december 2007, nr. 06-41.267 en 06-41.346, Petillot / Lablabo, LexisNexis JurisClasseur; Cour d'appel Parijs (21e kamer B) 2 december 2004, nr. JurisData: 2004-259937; Cour d'appel Parijs (18e kamer, sectie A) 22 maart 1999, nr. JurisData: 1999-156180, echter verbroken door Cass. soc. (fr.) 2 oktober 2001, nr. JurisData: 2001-011137; Cour d'appel Grenoble (sociale kamer) 29 oktober 1990, nr. JurisData: 1990-047157; Cour d'appel Parijs (5e kamer B) 7 december 1989, nr. JurisData: 1989-025856; CH. BOILLLOT, "L'obligation de ne pas faire: étude à partir du droit des affaires...", *RTD Com.* 2010, 243, nr. 32. Omgekeerd werd in de Franse rechtspraak ook al vastgesteld dat een ogenschijnlijk niet-concurrentiebeding na interpretatie een geheimhoudingsbeding bleek te zijn: Cass. soc. (fr.) 4 mei 1994, nr. 91-42.338, Milesi Vernis / Zaneboni, LexisNexis JurisClasseur.

verhindert daarentegen alleen dat de geheimplichtige op de meest optimale wijze arbeid zou leveren of concurreren (namelijk op basis van de geheime informatie waarover hij het meesterschap niet bezit). Deze door een legitiem belang geschraagde beperking neutraliseert slechts een beperkte component van de concurrentiekracht van de werknemer (waarover hij alleen maar beschikt dankzij de informatieverstreking door de meester van het geheim), zonder op enige wijze de normale concurrentiekracht (d.i. het deel dat wel eigen is aan de werknemer) aan te tasten.

**237. Toetsing van geheimhoudingsplichten als mededingingsbeperkende afspraken.** Geheimhoudingsovereenkomsten kunnen tot doel of gevolg hebben de mededinging te beperken en komen daardoor in het vizier van artikel 101, 1. Verdrag Werking Europese Unie (VWEU)<sup>822</sup> (of de equivalente bepalingen voor de nationale markten<sup>823</sup>). Dergelijke overeenkomsten kunnen genieten van de uitzondering van artikel 101, 3) VWEU. Dit vereist onder meer het bewijs dat zij bijdragen tot de technologische vooruitgang en dat zij niet verder gaan dan noodzakelijk voor het bereiken van deze doelstelling. De Europese Commissie kan daarnaast verordeningen uitvaardigen voor de toepassing van deze uitzondering<sup>824</sup>.

#### 1.2.2 Bestaanbaarheid van het voorwerp

**238. Bestaanbaarheid van het voorwerp.** Het voorwerp moet mogelijk zijn<sup>825</sup>. De mogelijkheid van het voorwerp vereist dat de prestatie een reële wijziging in de rechtstoestand van de partijen kan teweegbrengen. Het voorwerp moet bijgevolg bestaan of minstens kunnen bestaan op het moment van de contractsluiting. Bij informatieverstrekingen waarbij het voorwerp moet bestaan uit geheime informatie is sprake van een onbestaand voorwerp wanneer een partij zich uitsluitend verbindt tot levering van informatie die zonder moeite toegankelijk is voor het publiek of waarvan de informatieverkrijger reeds zelf op de hoogte is<sup>826</sup>. De prestatie van de informatieverstrekker heeft dan geen inhoud aangezien de rechtstoestand van de medecontractant ongewijzigd blijft met of zonder totstandkoming van de overeenkomst. Een *absolute geheimhouding* is echter *niet vereist*. Partijen kunnen

<sup>822</sup> Zie voor een recente toetsing van deze bepaling: High Court (Chancery Division) 14 juli 2010, *Robert Andrew Jones v Ricoh UK Ltd.*, [www.bailii.org](http://www.bailii.org).

<sup>823</sup> Voor België: art. 3 Wet van 10 juni 2006 tot bescherming van de economische mededinging, *BS* 29 juni 2006.

<sup>824</sup> Zie bv. de verordeningen aangehaald in voetnoot 818.

<sup>825</sup> P. WERY, *Droit des obligations*, I, *Théorie générale du contrat*, 2010, 253-254. Zie kritisch over deze vereiste: C. ASSER, A. S. HARTKAMP en C. H. SIEBURGH, *Verbintenissenrecht: de verbintenis in het algemeen*, 19-20, nrs. 24-26. Deze auteurs stellen dat de onmogelijkheid niet als dusdanig een geldigheidsvereiste van de overeenkomst mag zijn naar Nederlands recht. De leer van de onmogelijkheid zou hooguit mogen worden toegepast indien de schuldeiser bij het aangaan van de verbintenis de onmogelijkheid kende. Indien de onmogelijkheid hem onbekend is, zou er geen grond zijn tot ongeldigheid van de verbintenis.

<sup>826</sup> Vgl. Cass. 3<sup>e</sup> civ. (fr.) 28 oktober 1992, *Juris-Data* nr. 1992-002862 (verhuur van een parkeerplaats op een terrein waar gratis parkeren toegelaten is). Vgl. de opmerkingen over contracten met genealogen en het gebrek aan *oorzaak* bij P. VAN OMMESLAGHE, "Observations sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et dans la doctrine moderne" (noot onder Cass. 13 november 1969), *RCJB* 1970, (328) 352 ("Lorsque la convention a pour objet la divulgation par le généalogiste d'une succession ou d'un héritage inconnu, elle est sans cause des lors que le client a connaissance par lui-même de cet héritage ou si l'existence de celui-ci serait venue en tout cas à sa connaissance par d'autres voies").

geldig contracteren over geheimen in de relatieve zin, d.i. geheimen die aan meerdere personen bekend zijn maar die toch nog niet tot het publieke domein worden gerekend<sup>827</sup>. Bij onderzoeksovereenkomsten is verder steeds enige onzekerheid gemoeid. Het voorwerp is hier slechts onmogelijk indien van bij de contractsluiting vaststaat dat het technisch of economisch onmogelijk is dat het onderzoek tot het beoogde resultaat zal leiden<sup>828</sup>.

**239. Bestaanbaarheid van toekomstige zaken.** Toekomstige zaken kunnen het voorwerp van een verbintenis uitmaken (*cf.* art. 1130 BW). De zaak ten aanzien waarvan de prestatie moet worden geleverd, hoeft daardoor nog niet beschikbaar te zijn op het moment van de contractsluiting. Dit verklaart de geldigheid van een verbintenis tot verstrekking van nog te ontwikkelen informatie of tot geheimhouding van nog aan te vatten onderhandelingen.

Verbintenissen over toekomstige zaken kunnen twee aspecten bevatten: in eerste instantie een mogelijke verbintenis om de zaak tot stand te brengen en in tweede instantie de eigenlijke verbintenis die ten aanzien van deze zaak wordt beoogd. Bij informatieverstrekkings gaat het bijvoorbeeld om de ontwikkeling en de daaropvolgende verstrekking of geheimhouding van de informatie. Elke partij dient zich te onthouden van handelingen die het nut van de overeenkomst uithollen voor haar medecontractant. Een verplichting om de totstandbrenging van de zaak niet onmogelijk te maken vloeit daarom voort uit de gemeenrechtelijke verplichting om de overeenkomst te goeder trouw uit te voeren (art. 1134 BW). Een aantal auteurs stelt daarenboven dat de contractuele verbintenis tot levering van een toekomstige zaak de actieve verplichting impliceert om dit voorwerp mogelijk te maken, bijvoorbeeld door de eigen verwerving van de zaak<sup>829</sup>. Vaak zal de schuldenaar van een toekomstige zaak inderdaad actief gehouden zijn tot een inspannings- of resultaatsverbintenis voor de realisatie van de beloofde zaak. De miskennis van deze verbintenissen leidt dan tot schadevergoeding.

Er is echter geen algemene regel die stelt dat verbintenissen ten aanzien van een (nog) niet bestaande zaak *ipso facto* leiden tot een verbintenis om de zaak tot stand te brengen die verder gaat dan de normale vereisten van de goede trouw. Zo kan een octrooi- of licentiehouder gehouden zijn tot mededeling van verbeteringen aan de informatie indien en voor zover deze ontstaan, doch zonder actief gehouden te zijn tot het verrichten van onderzoek naar dergelijke verbeteringen. Een verplichting om de inhoud van onderhandelingen geheim te houden, impliceert dan weer niet dat de partijen *ipso facto* verplicht zijn om daadwerkelijk te onderhandelen of om bepaalde informatie te verstrekken tijdens deze onderhandelingen. Deze geheimhoudingsplicht kan evenzeer bestemd zijn om slechts in werking te treden indien en voor zover de onderhandelingen worden aangevat of indien en voor zover vertrouwelijke informatie

<sup>827</sup> Men kan ook onder bezwarende titel contracteren over de verstrekking van informatie die te vinden is in publieke stukken, maar die nog niet bekend is aan de geïnteresseerde persoon in kwestie: Cass. 12 juli 1894, *BJ* 1894, 1333.

<sup>828</sup> *Cf.* E. NEBEL, *Les contrats de recherche scientifique et technique*, thèse universiteit Genève, 1973, 82-89.

<sup>829</sup> W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 331; H. DE PAGE, I, 107, nr. 89.

wordt verstrekt tijdens deze onderhandelingen. De partijen kunnen onduidelijkheid over de draagwijdte van hun engagement vermijden door de opname van zogenaamde *no further rights* clauses in hun overeenkomst (*infra* randnr. 351).

**240. Gebruik, bezit of eigendom als voorwerp van de prestatie.** Het voorwerp van de verbintenis mag betrekking hebben op het loutere gebruik of bezit van een zaak (art. 1127 BW). Dit verklaart waarom de partijen geldig kunnen contracteren over informatie ook al is deze zaak niet vatbaar voor een eigendomsrecht.

**241. Invloed van potestatieve voorwaarden of rechten op de bestaanbaarheid van het voorwerp.** De vereiste dat het voorwerp bestemd moet zijn om rechtsgevolgen teweeg te brengen impliceert dat de schuldenaar van de verbintenis geen vrijblijvende keuzemogelijkheid mag hebben om al dan niet *een* prestatie te leveren. Zoniet verbindt de schuldenaar zich in werkelijkheid tot niets en dit leidt tot een gebrek aan enig voorwerp (resp. minstens tot een uitgehold voorwerp). Dit resulteert in de nietigheid van de verbintenis wegens de aanwezigheid van een potestatieve voorwaarde langs de zijde van degene die zich ogenschijnlijk verbindt (art. 1174 BW). Een keuzemogelijkheid tussen verschillende prestaties is niet vrijblijvend in de zin dat steeds *een* prestatie moet worden geleverd. Alternatieve verbintenissen zijn bijgevolg toegelaten. Het ontstaan van een verbintenis mag bovendien wel worden gekoppeld aan de wil van de schuldeiser. Zo kunnen de partijen een geheimhoudingsovereenkomst aangaan zonder enige verplichting om informatie mee te delen. Dit kan gebeuren in de vorm van een voorovereenkomst die vrijblijvende onderhandelingen voorbereidt. De onzekerheid die gepaard gaat met het vrijblijvende karakter van de onderhandelingen resulteert slechts in een potestatief recht voor de schuldeiser van de verbintenis. De schuldenaar van de geheimhoudingsafpraak heeft zich wel degelijk tot iets verbonden. Hij onderwerpt zich namelijk aan het beslissingsrecht van de meester van het geheim om al dan niet informatie te verstrekken en dient daardoor de informatie geheim te houden indien en voor zover deze hem effectief wordt meegedeeld. Ook hier is het aangewezen om te verbijsonderen dat het bedingen van dergelijke potestatieve rechten geen engagement van de schuldeiser impliceert om daadwerkelijk informatie mee te delen in de vorm van een *no further rights clause*.

**242. Aanwezigheid van voorwerp en oorzaak in het licht van de waarde van de bedongen prestaties.** De vraag rijst in welke mate de geringe waarde van geheime informatie een obstakel kan zijn voor de geldigheid van een overeenkomst die de verstrekking van deze informatie impliceert. De partijen bij een wederkerige overeenkomst onder bezwarende titel moeten zich elk verbinden tot een prestatie die zijzelf als een equivalent beschouwen van de tegenprestatie. De precieze inhoud of waarde van het bedongen voorwerp is in beginsel irrelevant voor de beoordeling van het bestaan ervan<sup>830</sup>. De Belgische rechtspraak aanvaardt dan ook dat de waarde van

---

<sup>830</sup> L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, 123, nr. 100. Vgl. Cass. com. (fr.) 30 mei 1995, nr. 93-20.372. De eiser in cassatie verweet de bodemrechter niet te hebben onderzocht of het voorwerp van de franchiseovereenkomst -de terbeschikkingstelling van *knowhow* en een merk- *une existence réelle* had. De bodemrechter had slechts (uitdrukkelijk) vastgesteld dat het voorwerp ondanks haar

de bedongen prestaties niet mathematisch gelijk hoeft te zijn<sup>831</sup>. Het is de taak van de partijen om te oordelen of de in het vooruitzicht gestelde tegenprestatie de moeite waard is in het licht van de eigen verplichtingen. Een voorwerp is daarom reëel - en dus ernstig te nemen - van zodra het objectief vaststelbaar is (en de partij in kwestie ertoe heeft gebracht om een tegenprestatie te willen leveren). Een verdergaande economische toetsing van de intern contractuele equivalentie tussen de prestaties is (behoudens andersluidende bepaling) niet mogelijk in de huidige stand van het recht<sup>832</sup>. Benadeling is immers slechts een grond tot nietigheid (wegens gebrek aan geldige toestemming) wanneer de wetgever dit expliciet oplegt (art. 1118 BW).

Een uitzondering op de principiële onmogelijkheid om de economische waarde van het voorwerp te toetsen is de benadeling voor meer dan zeven twaalfden bij de koop (art. 1674 e.v. BW). Een andere uitzondering is de benadeling van meer dan één vierde bij de verdeling van een nalatenschap (art. 887 BW). De rechter heeft tevens enige appreciatiemarge voor benoemde overeenkomsten waarvoor de wetgever het bestaan van een prijs voorop stelt als essentieel element<sup>833</sup>. De rechter kan dan nagaan of minstens een beduidende prijs werd bedongen. Bij kanscontracten dient de rechter na te gaan of de partijen daadwerkelijk kans op winst (of verlies) hebben. Het Hof van Cassatie leidt uit de artikelen 1104 en 1964 BW bijvoorbeeld af de kans op winst of verlies een essentieel element is van het kanscontract<sup>834</sup>. Bij gebrek hieraan voldoet het voorwerp niet aan de wettelijke definitie van het kanscontract en dient de rechter (ofwel vast te stellen dat partijen een andere rechtshandeling op het oog hadden, ofwel) de nietigheid van de overeenkomst uit te spreken bij gebrek aan voorwerp dat voldoet aan de wettelijke vereisten terzake.

De overeenkomst moet naast een voorwerp ook een oorzaak hebben. De oorzaak van een verbintenis wordt gedefinieerd als de determinerende beweegredenen in hoofde van de schuldeiser van deze verbintenis om de overeenkomst te sluiten. Deze doelstellingen kunnen uit objectieve en subjectieve componenten bestaan<sup>835</sup>.

---

geringe waarde een bepaald karakter had omdat de franchisenemer dit voorwerp reeds kende door zijn eerdere activiteit als werknemer van de franchisegever. Het Franse hof van cassatie stelt dat uit deze vaststelling wel degelijk blijkt dat de bodemrechter het bestaan van het voorwerp had onderzocht en aanvaard. Hieruit kan worden afgeleid dat de vaststelling van de geringe waarde van het voorwerp niet volstaat om te besluiten tot de afwezigheid van het voorwerp. De geringe waarde van het voorwerp hoeft bijgevolg geen obstakel te zijn voor de geldigheid van de overeenkomst.

<sup>831</sup> Cass. 25 november 1977, *Arr. Cass.* 1978, 343; Cass. 25 april 1977, *RW* 1978-79, 169; Rb. Brugge 9 mei 1990, *RW* 1992-93, 724. Zie voor Frankrijk bv. Cour d'Appel Parijs 26 november 1992, *D* 1995, 76 (verkort) (er is geen nietigheid van de franchiseovereenkomst indien de overdracht van reële *know how* wordt vastgesteld ook al is het voordeel hiervan disproportioneel klein in vergelijking met de te betalen franchisevergoeding). Zie tevens Cour d'appel Parijs 19 juli 2006, *Juris-Data* nr. 2006-311531, *CCC* 2007, comm. 9, noot M. MALAURIE-VIGNAL (de beperkte bekendheid van een merk is geen obstakel voor de geldigheid van de overeenkomst).

<sup>832</sup> W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 338-340, nr. 111; H. DE PAGE, II, 445-446, nr. 473 C.

<sup>833</sup> Cass. 4 januari 1979, *Arr. Cass.* 1978-79, 500; Luik 13 maart 2001, *JT* 2001, 547; Vred. Vielsalm 13 maart 2007, *Res Jur. Imm.* 2007, 217.

<sup>834</sup> Cass. 20 juni 2005, *Pas.* 2005, 1375.

<sup>835</sup> Dit onderscheid werd traditioneel gemaakt in de vorm van de interne en de externe oorzaak. In de huidige staat van het recht wordt dit onderscheid verlaten en wordt de oorzaak opgevat als de determinerende beweegreden(en) voor het stellen van de rechtshandeling. Deze beweegredenen kunnen als dusdanig echter nog steeds objectieve en subjectieve elementen bevatten. Zie G. VAN MALDEREN, J. DEENE en K. MARCHAND, "§4 Oorzaak" in *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, II.4-92, nr. 1591.

De *objectieve* component is de rechtstreekse tegenprestatie die de medecontractant in het vooruitzicht stelt in ruil voor de te leveren prestatie. In vergeldende overeenkomsten doet het voorwerp van de ene prestatie minstens gedeeltelijk<sup>836</sup> dienst als de oorzaak van de wederprestatie<sup>837</sup>. Het ene wordt immers geleverd met het oog op het andere. Het uitblijven van de ene prestatie rechtvaardigt dan ook het principiële uitblijven van de andere prestatie<sup>838</sup>. De afwezigheid van een prestatie leidt dan tot de nietigheid van de overeenkomst bij gebrek aan oorzaak in hoofde van de schuldeiser van deze prestatie (m.a.w. de schuldenaar van de andere prestatie) *in de mate dat zij reeds van bij de contractsluiting ontbrak*<sup>839</sup>.

De aanwezigheid van een voorwerp en oorzaak is slechts een geldigheidsvereiste voor de *contractsluiting*. Hun aanwezigheid moet dan ook worden getoetst op het moment dat de wilsovereenstemming tot stand komt. Het voortbestaan van het voorwerp of de oorzaak is géén geldigheidsvereiste. Het latere tenietgaan van de oorzaak of het voorwerp leidt niet tot de nietigheid van de overeenkomst. In die hypothese is hooguit sprake van een verval. De verdwijning van het voorwerp na de contractsluiting leidt tot het verval van de wederkerig bedongen verbintenissen wegens de onmogelijkheid van het voorwerp. De verdwijning van de oorzaak brengt in beginsel niet eens een verval met zich mee voor overeenkomsten onder bezwarende titel<sup>840</sup>. Dit is alleen het geval indien dit verval strookt met de wil van de partijen.

De rechter mag het reële karakter van de oorzaak toetsen. Hij kan vaststellen dat een oorzaak gesimuleerd is (bv. wegens een onbeduidende prijs). De overeenkomst is dan slechts geldig indien de partij die de uitvoering van de overeenkomst wenst in staat is om de werkelijke oorzaak van de overeenkomst aan te tonen<sup>841</sup>. Dit kan gebeuren aan de hand van de subjectieve beweegredenen.

De oorzaak bevat ook een *subjectieve* component. Elke partij heeft één of meerdere persoonlijke beweegredenen om de overeenkomst aan te gaan. Deze beweegredenen kunnen ruimer zijn dan de rechtstreekse prestatie die de medecontractant in het vooruitzicht stelt. De verhouding tussen de wederkerig beloofde prestaties wordt deels beïnvloed door deze beweegredenen. Zo kan het bedingen van een objectief bekeken

---

<sup>836</sup> Doch niet noodzakelijk uitsluitend – cf. Cass. (1e k.) 14 maart 2008, AR C.05.0380.F. Volgens dit arrest bestaat de oorzaak van de verbintenissen van de ene partij (niet uitsluitend in het geheel van de verbintenissen van de andere partij, maar) in het geheel van de beweegredenen die deze partij hebben beïnvloed en haar ertoe hebben aangezet te contracteren. Niets sluit uit dat een partij in een concreet geval toch uitsluitend heeft gecontracteerd met het oog op de verbintenissen van de andere partij (d.i. dat de subjectieve *causa* volledig blijkt samen te vallen met de klassieke objectieve *causa*), maar dit is niet *ipso facto* het geval.

<sup>837</sup> Cass. 10 juli 1924, *Pas.* 1924, I, 458 (de ene prestatie was onbestaand en bijgevolg nietig en dit bracht op zijn beurt de nietigheid van de andere prestatie met zich mee bij gebrek aan oorzaak).

<sup>838</sup> Deze stelling is gesteund op artikel 1131 BW (W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 333, nr. 109).

<sup>839</sup> T.a.v. knowhow: Cass. com. (fr.) 10 mei 1994, nr. 92-15.834 (de franchiseovereenkomst had geen oorzaak bij gebrek aan overdracht van originele en substantiële knowhow); Cass. com. (fr.) 10 mei 1994, nr. 92-11.728 (toetsing van een beslissing waarin werd vastgesteld dat knowhow was overgedragen, zodat de franchiseovereenkomst wel degelijk een oorzaak had).

<sup>840</sup> Cass. 12 oktober 2006, *Pas.* 2006, 2032. Zie tevens: Cass. 21 januari 2000, *Arr.Cass.* 2000, 168.

<sup>841</sup> Cass. 16 januari 1981, *Arr.Cass.* 1980-81, 531.



erg lage prijs worden gerechtvaardigd door de wens om de medecontractant te bevoordelen (d.i. een verdoken schenking) of omdat het geleverde voorwerp reëel en nuttig blijkt wanneer men het ruimere kader van de contractuele operatie in aanmerking neemt en niet slechts de rechtstreekse tegenprestatie. De objectieve oorzaak dient bijgevolg te worden geanalyseerd in het licht van het concrete beeld dat de partijen hebben van hun contractuele relatie<sup>842</sup>.

Dit wordt geïllustreerd door een Frans geschil tussen een componist en een uitgever van muziek<sup>843</sup>. De partijen hebben drie afzonderlijke overeenkomsten gesloten: een uitgavecontract, een contract over het recht tot aanpassing van het werk (met het oog op het gebruik ervan in audiovisuele werken) en een contract voor de overdracht van de geluidsbanden en de corresponderende productierechten. Het Franse hof van beroep van Versailles acht deze laatste overeenkomst nietig omdat de overdracht werd bedongen tegen de symbolische som van één frank. Deze derisoire som wordt gelijkgesteld met de afwezigheid van enige tegenprestatie. Het Franse Hof van Cassatie verbreekt deze beslissing met de overweging dat de bodemrechter had moeten onderzoeken of deze overeenkomst niet kadert in een breder economisch geheel en daardoor deel uitmaakt van een ondeelbaar verbonden groep van contracten waaruit globaal bekeken een reële en ernstige tegenprestatie af te leiden valt. Dit laatste was vermoedelijk het geval gelet op de vergoeding die werd bedongen in het raam van het uitgavecontract.

Een distributieketen sluit een samenwerkingsovereenkomst met een restaurantbedrijf voor de uitwerking, productie en commercialisatie van een gamma gerookte zalm en andere zalmproducten op basis van een bestaand merk. Na de contractsluiting beweert de distributieketen dat het restaurantbedrijf niet over bijzondere *knowhow* beschikt voor dergelijke producten. Het hof van beroep te Parijs acht dit niet voldoende om de overeenkomst nietig te verklaren op basis van artikel 1131 BW<sup>844</sup>. De oorzaak werd namelijk niet aangetast omdat het restaurantbedrijf ook andere verbintenissen was aangegaan. Hieruit kan impliciet worden afgeleid dat de partijen de overdracht van *knowhow* niet als essentieel element hadden beschouwd (het ging m.a.w. niet om een franchiseovereenkomst<sup>845</sup>). De beperkte bekendheid van het ter beschikking gestelde merk was evenmin problematisch. Het bestaan en de geldigheid van het merk werd niet in twijfel getrokken en er was geen enkele verbintenis bedongen of garantie verstrekt over de bekendheid.

In beginsel hoeft geen rekening te worden gehouden met deze subjectieve component<sup>846</sup>. Het volstaat dat de prestatie een objectieve oorzaak heeft in de vorm

---

<sup>842</sup> P.A. FORIERS, 1998, 85, nr. 85; Cour d'appel Parijs 19 juli 2006, Juris-Data nr. 2006-311531, CCC 2007, comm. 9, noot M. MALAURIE-VIGNAL.

<sup>843</sup> Cass. 1<sup>e</sup> civ. (fr.) 13 juni 2006, nr. 04-15.456, *Bull.* 2006, I, 265, nr. 306; J. GHESTIN, "Existence de la cause et périmètre contractuel" (noot onder Cass. 1<sup>e</sup> civ. (fr.) 13 juni 2006), *D* 2007, 277.

<sup>844</sup> Cour d'appel Parijs 19 juli 2006, Juris-Data nr. 2006-311531, CCC 2007, comm. 9, noot M. MALAURIE-VIGNAL.

<sup>845</sup> Het loutere feit dat een overeenkomst een geheimhoudingsbeding bevat, betekent daarbij uiteraard niet dat de overeenkomst een franchiseovereenkomst zou zijn (Cour d'appel Rennes 9 februari 2000, nr. JurisData: 2000-133270).

<sup>846</sup> P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels*, 86-88, nrs. 73 en *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, 1998, 82-83, nr. 84. Het tegenovergestelde uitgangspunt zou de contractuele rechtszekerheid op de helling zetten indien een partij de overeenkomst zou kunnen laten vervallen door een loutere wijziging van haar subjectieve gemoedstoestand die mogelijk niet eens bekend was aan de medecontractant op het moment van de contractsluiting. Zie tevens wat het principe betreft: Luik 19 maart 1998, *TBH* 1999, 278 (er is geen

van een rechtstreekse tegenprestatie. De partijen *kunnen echter hun subjectieve beweegredenen incorporeren in het contractuele evenwicht*<sup>847</sup>. De uiteindelijke oorzaak is dan een combinatie van objectieve (de rechtstreekse tegenprestatie) en subjectieve (andere beweegredenen, voor zover zij werden geïncorporeerd in de overeenkomst) elementen<sup>848</sup>. De overeenkomst of verbintenis is in deze hypothese ook nietig bij gebrek aan oorzaak indien reeds op het moment van de contractsluiting met zekerheid vaststaat dat de geïncorporeerde beweegredenen onmogelijk kunnen worden gerealiseerd (bv. winstgevendheid van een onderneming). Gevolg daarvan is dat overeenkomsten ondanks de mogelijkheid om de bedongen prestaties (objectieve oorzaak) materieel uit te voeren toch nietig kunnen worden verklaard bij gebrek aan oorzaak omdat één van de door de partijen nagestreefde essentiële en gecontractualiseerde doelstellingen onmogelijk kan worden verwezenlijkt via de overeenkomst.

De oorzaak hoeft ten slotte niet uitdrukkelijk te worden beschreven in de overeenkomst (art. 1132 BW). Het gebrek aan omschrijving kan echter leiden tot onduidelijkheid over het beoogde contractsevenwicht. Zo waren partijen een licentieovereenkomst aangegaan voor het gebruik van een uitvinding. De licentiegever-uitvinder had zich op basis van deze overeenkomst ook verbonden tot het nemen van een octrooi. Dit octrooi werd toegekend, maar nadien nietig verklaard op initiatief van de licentienemer. Deze laatste beweerde vervolgens dat zijn verplichting tot betaling van de overeengekomen licentievergoeding (*ab initio*) geen oorzaak had gelet op de retroactieve uitwissing van het octrooi. De bodemrechter kon dit argument terecht afwijzen volgens het Belgische Hof van Cassatie. De licentieovereenkomst had namelijk geen betrekking op de exploitatie van het octrooi, maar op de uitvinding als dusdanig. Deze uitvinding behield een intrinsieke waarde ongeacht de verdwijning van het octrooi. De licentiegever-uitvinder had zich bovendien alleen verbonden tot een octrooiaanvraag en niet tot het garanderen van de geldigheid ervan. De nietigheid van het octrooi tastte de geldigheid van de licentieovereenkomst bijgevolg niet aan<sup>849</sup>.

**243. Bestaanbaarheid van het voorwerp bij het contracteren over de verstrekking van vertrouwelijke informatie.** Bij overeenkomsten over immateriële prestaties, zoals de verstrekking van geheime informatie, rijst een reëel gevaar dat de daadwerkelijk geleverde prestatie waardeloos blijkt. De geïnteresseerde partij kan op het moment van de contractsluiting immers nog niet volledig inschatten of de *in concreto* geleverde informatie strookt met haar verwachtingen en hoeveel deze

---

verval wegens verdwijning van het voorwerp indien de uitvoering niet onmogelijk is geworden, maar slechts verlieslatend of niet rendabel voor één van de partijen).

<sup>847</sup> P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels*, 81-84, nrs. 69-70; P.A. FORIERS, "L'objet et la cause du contrat" in *Les obligations contractuelles*, Brussel, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1984, 140.

<sup>848</sup> P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, 1998, 84-85, nr. 85; P. VAN OMMESLAGHE, "Observations sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et dans la doctrine moderne" (noot onder Cass. 13 november 1969), *RCJB* 1970, (328) 355 en 357.

<sup>849</sup> Cass. 6 september 1979, *Arr. Cass.* 1979-80, 11.

informatie dan wel precies waard is. Het waardeloze karakter van de informatie kan te wijten zijn aan het feit dat de informatie niet geheim is, d.w.z. dat zij vóór de contractsluiting reeds publiek bekend was (d.w.z. zonder inspanning te verkrijgen door de geheimplichtige) of al bekend was aan de geheimplichtige in kwestie<sup>850</sup>. Deze elementen tasten het voorwerp van de informatieverstrekking aan in de mate dat de partijen zijn overeengekomen om geheime informatie mee te delen. Het voorwerp bestaat niet in de vorm waarin het was beloofd.

De geheimplichtige kan bovendien aantonen dat hij bepaalde doelstellingen voor ogen had met de informatie en dat deze deel uitmaken van de contractuele sfeer. De *subjectieve* oorzaak van de overeenkomst wordt aangetast indien blijkt dat de overeenkomst niet toelaat om deze *gecontractualiseerde* doelstellingen te bereiken. Dit is het geval indien een franchisegever niet over gepaste informatie blijkt te beschikken die toelaat om de activiteiten van de franchise naar behoren uit te voeren. Men dient daarbij wel rekening te houden met het feit dat de te leveren prestatie in hoge mate afhankelijk is van de concrete afspraken tussen de partijen. *Knowhow* die nog niet aangepast is voor de ontplooiing van activiteiten op een bepaalde markt kan bijvoorbeeld toch het voorwerp uitmaken van een geldige overeenkomst indien de franchisenemer zich daarvan bewust is op het moment van de contractsluiting.

Een Amerikaanse franchisenemer gaat een overeenkomst aan met een franchisegever die actief is in de Franse kledingsector. Het doel is de introductie van een aangepaste versie van de Franse verkoopstijl op de Amerikaanse markt. De Amerikaanse activiteiten blijken al snel zeer verlieslatend te zijn. De franchisenemer verwijt de franchisegever onder meer dat de meegedeelde *knowhow* ongeschikt was voor de Amerikaanse markt en tracht daarom de nietigverklaring van de overeenkomst te verkrijgen. De rechtbank weigert echter deze vordering toe te kennen. De franchisenemer was zich namelijk bewust van het feit dat de *knowhow* van de beginfase gebaseerd zou zijn op de ervaringen met de Franse markt: “chacune des parties a accepté, en toute connaissance de cause, de prendre le risque de l’opération et qu’en raison des caractéristiques particulières du contrat, le franchisé ne pouvait exiger, dès l’entrée en vigueur de celui-ci, un manuel opératoire adapté au marché américain, qui ne pouvait exister par définition”<sup>851</sup>.

De informatieverkrijger kan de gebrekkige overdracht van *knowhow* ook aanvechten op basis van dwaling<sup>852</sup> (resp. bedrog) of wanprestatie<sup>853</sup>. De eerste rechtsgrond brengt tevens de nietigheid met zich mee. De tweede rechtsgrond leidt niet tot de nietigheid, maar tot uitvoering in natura of ontbinding van de overeenkomst, in beide gevallen met mogelijkheid tot schadevergoeding (art. 1184, tweede lid BW). De

---

<sup>850</sup> Zie bv. voor een franchiseovereenkomst Cass. com. (fr.) 9 oktober 1990, nr. 89-13.384, Juris-Data nr. 1990-002525.

<sup>851</sup> Cour d’appel Versailles 27 mei 1993, *D* 1995, 76.

<sup>852</sup> Cass. 27 oktober 1995, *Arr. Cass.* 1995, 920 (er kan dwaling zijn wanneer het voorwerp van het koopcontract het nagestreefde doel van de koper niet kan verwezenlijken en de verkoper het belang hiervan kende).

<sup>853</sup> S. CLAEYS, noot onder Brussel 10 december 2008, *DAOR* 2009, (152) 152. Wanneer de *know how* volledig afwezig is, zal de rechtspraak opteren voor de nietigheid van de overeenkomst bij gebrek aan voorwerp (S. CLAEYS, *Franchising in Recht en Onderneming*, Brugge, die Keure, 2009, 357-358, nr. 454 en de verwijzingen aldaar).

uitvoering in natura is nuttig indien de medecontractant effectief in staat is om de overeengekomen *knowhow* te leveren (maar tot nader order naliet om dit te doen op de overeengekomen wijze) en de rechthebbende de informatie daadwerkelijk wenst te verkrijgen. De wanprestatie kan daarnaast worden aangewend als grondslag voor een ontbinding van de overeenkomst (art. 1184 BW)<sup>854</sup>. Deze grondslag impliceert het bewijs van een voldoende ernstige tekortkoming. Dit laat een zekere appreciatiemarge voor de rechter. Dergelijke appreciatiemarge is niet voorhanden bij een nietigheidsvordering.

**244. Relevantie van het toekomstige karakter van de zaak voor de wederkerigheid van een overeenkomst.** Het toekomstige karakter van een zaak kan zich op twee manieren verhouden ten aanzien van de verplichting tot levering van de tegenprestatie. De schuldeiser kan zijn tegenprestatie enerzijds afhankelijk maken van de *daadwerkelijke levering* van de beloofde zaak. De bedongen tegenprestatie vervalt dan indien de beloofde zaak uitblijft en dit ongeacht de inspanningen die de schuldenaar zich heeft getroost om de zaak te realiseren. Een voorbeeld hiervan is het geval waarbij een licentienemer een licentieovereenkomst sluit voor informatie die nog geheel of gedeeltelijk moet worden ontwikkeld en waarbij de licentiegever slechts recht heeft op een licentievergoeding nadat de informatie wordt geleverd. Dit vertaalt zich in een resultaatsverbintenis voor de levering van de toekomstige zaak.

De verplichting om de tegenprestatie te leveren kan anderzijds voortvloeien uit de *hoop op de realisatie* van een zaak. De schuldeiser van de toekomstige zaak moet zijn tegenprestatie in deze hypothese, behoudens wanprestatie van de schuldenaar, zelfs leveren indien de zaak zich uiteindelijk niet blijkt te realiseren. Dit is doorgaans het geval voor onderzoeksovereenkomsten. De sponsor van het onderzoek betaalt voor de hoop op een bepaald resultaat waarvoor de onderzoeker zich zal inspannen en zal ook moeten betalen indien dit resultaat uitblijft.

### 1.2.3 Bepaalbaarheid van het voorwerp

#### 1.2.3.1 Omschrijving

**245. Bepaald voorwerp.** De geldigheid van de overeenkomst vereist dat het voorwerp van haar verbintenissen bepaald (of bepaalbaar) is (artt. 1108 BW en 1129 BW). Een voorwerp is volstrekt bepaald wanneer het op exhaustieve wijze is aangeduid door de partijen. Er mag geen enkele onzekerheid over de aard of omvang van het voorwerp overblijven. De partijen mogen evenmin nog beschikken over enige

---

<sup>854</sup> Cf. Cass. com. (fr.) 24 mei 1994, nr. 92-15.846, Juris-Data nr. 1994-001724 (Een onderneming levert diensten aan vennootschappen in de vorm van bijstand bij de oprichtingsformaliteiten, de bepaling van de hoofdzetel en secretariaats- en boekhoudondersteuning. Deze onderneming sluit als franchisegever een overeenkomst die de franchisenemer het exclusiviteitsrecht biedt om oprichtings- en ondersteuningsdiensten te leveren aan ondernemingen op een bepaald deel van het Franse grondgebied. Enige tijd later slaagt de franchisenemer erin om de overeenkomst te laten ontbinden met als argument dat de franchisegever *knowhow* zonder enige originaliteit had meegedeeld die bovendien niet toeliet om het globale dienstenpakket aan te bieden). Zie tevens Cass. com. (fr.) 19 februari 1991, nr. 88-19.809, Juris-Data nr. 1991-00714).

beslissingsmarge om het voorwerp verder in te vullen. Deze bepaling hoeft niet uitdrukkelijk te gebeuren. Zij kan uit externe elementen worden afgeleid in de mate dat de conventionele of gemeenrechtelijke (handelsrechtelijke of burgerrechtelijke) bewijsregeling gerespecteerd blijft. De incorporatie van een element van het voorwerp in het *negotium* impliceert met andere woorden niet dat het per definitie moet worden omschreven in het *instrumentum*. Zo kan een geheimhoudingsovereenkomst verwijzen naar vertrouwelijke informatie die in andere documenten is opgenomen. Wel blijft vereist dat de inhoud van deze elementen vaststaat en dat de partijen geen beslissingsmarge hebben om de aangeduide documenten te wijzigen.

**246. Een bepaalbaar voorwerp staat gelijk aan bepaald voorwerp voor de geldigheid van de verbintenis.** De geheimhoudingsclausule of -overeenkomst moet duidelijk maken welke informatie onderworpen is aan een geheimhoudingsplicht. Nochtans is het op het moment van de contractsluiting vaak onmogelijk om een sluitende regeling te voorzien die alle types vertrouwelijke informatie omvat. Dit brengt de geldigheid van het voorwerp niet noodzakelijk in het gedrang. Het voorwerp is geldig indien het bepaald<sup>855</sup> of bepaalbaar is<sup>856</sup>. Een voorwerp is bepaalbaar indien het nog niet volledig is vastgesteld op het moment van de contractsluiting, maar de partijen wel de zekerheid hebben dat deze onduidelijkheid in de toekomst zal verdwijnen. Het met zekerheid *kunnen* weten waartoe de partijen gehouden zijn, wordt voor de toetsing van de geldigheid van het voorwerp bijgevolg gelijkgesteld met het reeds zeker weten ten tijde van de contractsluiting. Deze zekerheid over de uitgestelde invulling van het voorwerp vereist dat de overeenkomst<sup>857</sup> *objectieve elementen bevat waardoor het na de contractsluiting kan worden bepaald zonder dat een nieuw, bijkomend akkoord tussen de partijen nodig is*<sup>858</sup>.

Een zaak in de betekenis van lijdend voorwerp van een prestatie kan op twee niveaus bepaald zijn: haar genus en haar species. In het eerste geval staat *in abstracto* vast welke categorie van zaken betrokken is bij de prestatie. In het tweede geval is ook *in concreto* bekend ten aanzien van welk(e) element(en) uit deze categorie de prestatie

<sup>855</sup> Cass. 5 januari 1977, *Arr. Cass.* 1977, 483 (arbeidsovereenkomst); Cass. 11 september 1974, *Arr. Cass.* 1975, 38 (arbeidsovereenkomst).

<sup>856</sup> Zie naast de verwijzingen in voetnoot 858 tevens Cass. 9 april 1959, *Arr. Cass.* 1959, 606 (overdracht schuldvordering); Cass. 15 februari 1985, *Arr. Cass.* 1984-85, 822 (handelshuurovereenkomst); Brussel 14 september 2007, *NjW* 2008, 84, noot S. MAES; Antwerpen 10 november 1999, *AJT* 1999-2000, 969 (architectenovereenkomst); Gent 16 juni 1998, *TGR* 1998, 206; Luik 24 juni 1996, *JLMB* 1996, 1323; Luik 28 januari 1974, *JL* 1973-74, 257. Frankrijk: Th. REVET, "La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat", 31-45. Nederland: C. ASSER, A. S. HARTKAMP en C. H. SIEBURGH, *Verbintenissenrecht: de verbintenis in het algemeen*, 18, nr. 23.

<sup>857</sup> Zie tevens Cass. 28 maart 1974, *Arr. Cass.* 1974, 833 (toekomstige schuldvorderingen zijn voldoende bepaald indien de vestigingsakte het mogelijk maakt ze te bepalen).

<sup>858</sup> Dit wordt afgeleid uit de artt. 1108 en 1129 BW: Cass. 13 juni 2005, *Pas.* 2005, 1305; Cass. 19 januari 2004, *Arr. Cass.* 2004, 80; Cass. 10 oktober 2003, *Arr. Cass.* 2003, 1842 en *TBO* 2004, 85, noot K. UYTTERHOEVEN; Cass. 21 februari 1991, *Arr. Cass.* 1990-91, 679; Gent 30 april 2003, *TBBR* 2005, 174 (overdracht schuldvordering); Brussel 21 december 1989, *JLMB* 1990, 95; Arbh. Luik 15 januari 2006, *JTT* 2006, 334, noot. Voor de koop vloeit dit specifiek voort uit art. 1591 BW: Cass. 21 september 1987, *Arr. Cass.* 1987-88, 84; Gent 13 oktober 2008, *TRV* 2009, 287, noot; Antwerpen 1 maart 2005, *RW* 2006-07, 801, noot I. SAMOY en K. VANDERSCHOT; Antwerpen 10 februari 1998, *Fisc. Act.* 1998, 5 (weergave); Gent 2 mei 1961, *RW* 1961-62, 1351, advies OM; Rb. Veurne 18 december 1997, *V&F* 1998, 149; Rb. Antwerpen 7 januari 1982, *RW* 1984-85, 678, noot (verkort).

moet worden geleverd. Een verbintenis is geldig indien haar voorwerp bepaalbaar is op het moment van de contractsluiting. De partijen kunnen daardoor geldig contracteren over soortzaken die vatbaar zijn voor individualisering op een later tijdstip. Dit is het geval indien de overeenkomst voldoende elementen bevat om een specifieke zaak aan te duiden als lijdend voorwerp van de prestatie.

De prestatie die moet worden geleverd ten aanzien van het lijdend voorwerp is bepaald indien duidelijk is welk rechtsgevolg de schuldenaar moet nastreven. Ook hier volstaat de bepaalbaarheid van het rechtsgevolg. Het is niet noodzakelijk dat elke gedraging van of elke doelstelling voor de schuldenaar minutieus op voorhand wordt vastgelegd. Bij geheimhoudingsplichten volstaat het bijvoorbeeld om een algemeen verbod te bedingen op niet-verspreiding en niet-gebruik van de informatie buiten de toegelaten doeleinden.

**247. Onbepaald voorwerp.** Het voorwerp is *a contrario* onbepaald wanneer het *niet of onvoldoende bepaalbaar* is<sup>859</sup>. De onmogelijkheid om het voorwerp te bepalen wordt gesanctioneerd met de nietigheid<sup>860</sup>. Een voorwerp dat de vrijheid van de partijen buitensporig of onbeperkt in het gedrang brengt, wordt soms gelijkgesteld met een onbepaald voorwerp in de zin van artikel 1129 BW<sup>861</sup>. Dit resulteert echter - behoudens de hypothese waarin de partijen daadwerkelijk uit het oog zijn verloren om enige beperking te stipuleren - eerder in een bepaald voorwerp waarvan de inhoud ongeldig is.

#### 1.2.3.2 Vaststelling van de (on)bepaaldheid

**248. Bestaat onzekerheid over (delen van) de wilsovereenstemming?** Een voldoende bepaaldheid impliceert in de eerste plaats het bestaan van een geldige wilsovereenstemming die een daadwerkelijke contractsluiting tot doel heeft. De overeenkomst moet een expliciete of impliciete regeling bevatten voor al haar essentiële en substantiële elementen. Indien deze mate van detail voorhanden is, kunnen partijen alvast niet meer betwisten dat zij hebben toegestemd om tot “iets” gebonden te zijn. Het openlaten van accessoire elementen staat de contractsluiting niet in de weg. De verdere invulling van deze bijkomende aspecten kadert in de uitvoering van de overeenkomst<sup>862</sup>. De vaststelling ervan moet bijgevolg gebeuren in het licht

---

<sup>859</sup> Zie bv. Rb. Antwerpen 5 juni 2003, *RW* 2005-06, 1023; Brussel 21 december 1989, *JLMB* 1990, 95.

<sup>860</sup> Brussel 14 september 2007, *NjW* 2008, 84, noot S. MAES; Arbrb. Oudenaarde 20 december 2007, *Soc. Kron.* 2009, 181, noot P. PALSTERMAN; J.-F. GERMAIN, (87) 89. De aard van de nietigheid is betwist. In beginsel raakt een onbepaald voorwerp slechts de private belangen van de medecontractant en gaat het bijgevolg om een relatieve nietigheid (cf. H. DE PAGE, I, 107). Een deel van de rechtsleer stelt echter dat de problematiek van een onbepaald voorwerp ook een maatschappelijk belang heeft en dus moet worden gesanctioneerd met een absolute nietigheid (W. VAN GERVEN en S. COVEMAERKER, 79-80; M. VON KUEGELGEN, “Réflexions sur le régime des nullités et des inopposabilités”, (569) 606). Cornelis stelt voor om de aard van de nietigheid te laten afhangen van een concreet onderzoek naar de gevolgen van de vernietigbare overeenkomst en in functie daarvan de aard van de nietigheid te bepalen (L. CORNELIS, “Het mijneveld rond de bindende derden- of partijbeslissing”, *TPR* 2004, (69) voetnoot 4 en *Algemeen Deel*, 683-684, nr. 543).

<sup>861</sup> Zie o.m. CH. BOILLOT, *RTD Com.* 2010, 243, nr. 43.

<sup>862</sup> J.-F. GERMAIN, (87) 89.

van de goede trouw (art. 1134 BW). Bij betwisting kan de rechter vaststellen wat de vereisten van de goede trouw *in concreto* inhouden of de overeenkomst aanvullen op basis van de wet, het gebruik of de billijkheid (art. 1135 BW). Dit laat hem toe om het accessoire element desnoods zelf te bepalen.

De rechter moet in de tweede plaats nagaan of de bereikte wilsovereenstemming volstaat om te achterhalen tot wat de partijen zich precies hebben verbonden. Deze vraag heeft betrekking op de concrete inhoud van de overeenkomst. Onduidelijkheid over de wil van de partijen impliceert niet per definitie dat het voorwerp onbepaald is. De rechter die onduidelijkheid vaststelt moet eerst nagaan of zij niet verdwijnt door een interpretatie van de overeenkomst. Indien dit geen duidelijkheid brengt, moet hij vervolgens nagaan of de vastgestelde lacune in aanmerking komt voor aanvulling op basis van de wet, het gebruik of de billijkheid.

Er is bijgevolg sprake van onbepaaldheid indien de partijen hebben toegestemd tot “iets”, maar hun wil onvoldoende houvast biedt om alle essentiële of substantiële elementen van de overeenkomst nader te bepalen. De onzekerheid over de partijwil mag niet louter te wijten zijn aan onduidelijke bewoordingen. Zij moet daadwerkelijk afwezig zijn op essentiële of substantiële punten van de contractuele relatie zonder dat de rechter over de mogelijkheid beschikt om de onzekerheid zelf op te heffen.

**249. Is de onzekerheid bestemd om met zekerheid te verdwijnen?** De inhoud van de overeenkomst hoeft niet rechtstreeks te worden vastgesteld op basis van een gemeenschappelijke partijwil. Hierboven werd vastgesteld dat het voorwerp niet volstrekt zeker moet zijn ten tijde van de contractsluiting, zolang het vroeg of laat met zekerheid volledig wordt ingevuld zonder nieuwe wilsovereenstemming tussen de partijen. De partijen kunnen daartoe gezamenlijk instemmen met een abstract mechanisme dat toelaat om deze inhoud zonder nieuwe tussenkomst van de partijen te bepalen op een later tijdstip (dit mechanisme kan ook impliciet voortvloeien uit de overeenkomst, bijvoorbeeld op basis van een gebruik), zoals een derden- of partijbeslissing. De concrete contractuele inhoud blijft in deze hypothese nog steeds - weliswaar onrechtstreeks- gebaseerd op de wil van de partijen. Deze invulling gebeurt immers via het door hen gekozen abstracte mechanisme. Dit mechanisme kan gebruik maken van objectieve of subjectieve (*infra* randnr. 275) criteria om de inhoud van het voorwerp te bepalen.

## 2. Bepaling van de geheim te houden zaak

**250. Principiële contractsvrijheid bij de vaststelling van het voorwerp.** Het voorwerp van de contractuele geheimhoudingsplicht is te bepalen door de partijen. Zij kunnen daarbij gebruik maken van hun contractsvrijheid om verplichtingen te bedingen ten aanzien van informatie die niet wordt beschermd op basis van specifieke wettelijke bepalingen of om van deze bescherming af te wijken indien het gaat om aanvullend recht. Men dient zich bij de bepaling van het voorwerp van een geheimhoudingsovereenkomst dan ook niet uitsluitend vast te pinnen op definities van beschermenswaardige informatie uit buitencontractuele domeinen zoals die van het

fabrieksgeheimen (strafrecht) of van *knowhow* (mededingingsrecht). Het dwingende toepassingsgebied van deze wettelijke definities blijft beperkt tot de rechtsdomeinen in kwestie. De partijen kunnen deze definities conventioneel van toepassing verklaren op hun geheimhoudingsplicht, maar zijn daar niet toe verplicht<sup>863</sup>. Dit leidt tot een grote diversiteit aan definities van vertrouwelijke informatie<sup>864</sup> die ingegeven zijn door de specifieke noden van de partijen en door hun onderlinge machtsverhouding.

Hierboven werd vastgesteld dat partijen wettelijke definities conventioneel van toepassing kunnen verklaren voor de vaststelling van het voorwerp van de geheimhoudingsplicht. Deze *subjectieve*, contractuele aanhaking bij een wettelijke definitie betekent echter niet dat de *in concreto* meegedeelde informatie zonder meer onder het beschermingsregime valt dat aan die wettelijke definitie is gekoppeld. Zo volstaat het volgens de Amerikaanse rechtspraak niet om informatie contractueel als *trade secret* te bestempelen opdat zij onder het daarvoor geldende beschermingsregime zou vallen<sup>865</sup>. Naar Belgisch recht impliceert het feit dat partijen bepaalde informatie contractueel bestempelen als bijvoorbeeld een fabrieksgeheim niet dat de verspreiding van deze informatie *ipso facto* in strijd is met artikel 309 Sw.<sup>866</sup>. Deze beschermingsregels zijn alleen van toepassing indien de rechter op basis van een soevereine beoordeling van de feiten vaststelt dat de informatie *objectief* blijkt te voldoen aan de wettelijke definitie.

Deze vaststelling geldt tevens voor de ernst van de dringende reden bij een ontslag op basis van art. 35 Arbeidsovereenkomstenwet. De conventionele omschrijving van de dringende reden bindt de rechter niet<sup>867</sup>. Hij mag er rekening mee houden, maar is daar niet toe verplicht. Een beding waarbij een tekortkoming aan de geheimhoudingsplicht *ipso facto* resulteert in een dringende reden volstaat dan ook niet om dit ontslag te rechtvaardigen.

---

<sup>863</sup> Een mogelijke invulling van het voorwerp bij gebrek aan specifieke omschrijving van de vertrouwelijke informatie is dat de partijen alleen de bescherming van zakengeheimen in de strikte zin beogen (US District Court Massachusetts 6 februari 2009, *Take it away v. The Home Depot*, 2009 WL 458552 (D. Mass.)).

<sup>864</sup> V. DUHAUT, 144, nr. 124.

<sup>865</sup> District Court of Appeal California (First District, Division 1) 15 oktober 1959, *State Farm Mut. V. Dempster* (1959) 174 Cal. App. 2d 418; 91 Ill. App.3d 505 (“The contract of the parties is not decisive in establishing the interest; the contract cannot make a trade secret out of a situation where none exists; the interest itself as developed from the accepted relationship of the parties must be determinative”). Court of Appeal California (Second District, Division 7) 14 maart 2002, *Dent Wizard International v. Christopher Schowengerdt*, 2002 WL 397017; Court of Appeal California (Sixth District) 8 november 1985, 219 Cal. Rptr. 836 (“Moreover, an agreement between employer and employee defining a trade secret may not be decisive in determining whether the court will so regard it”).

<sup>866</sup> Zie tevens F. NAMOUR, 216, nr. 508.

<sup>867</sup> Arbh. Antwerpen 27 mei 1988, RW 1988-89, 408, noot M. RIGAUX en P. HUMBLET; Arbh. Brussel 8 april 1986, JTT 1986, 462, noot; Arbh. Luik 21 november 1978, JL 1978-79, 178. Zie tevens Arbh. Luik 22 februari 2000, Or. 2000, 3 (weergave) (een ontbindende voorwaarde die uitwerking moet krijgen bij wanprestatie van de werknemer is nietig wegens afwijking van de dwingendrechtelijke ontslagbepalingen van de Arbeidsovereenkomstenwet). Naar Duits recht: C. WODTKE en S. RICHTERS, 154. Zie ook nog Arbh. Luik 7 oktober 1985, JL 1986, 3 (“De wil van de partijen aan hun betrekkingen een bepaalde kwalificatie te geven [...] brengt niet de toepassing met zich mee van de normen die deze kwalificatie impliceert, wanneer zij niet met de werkelijkheid overeenstemt of [...]”).



Omgekeerd kan men uit het bestaan van deze beschermingsregimes met eigen toepassingsgebied niet afleiden dat informatie onder het toepassingsgebied van deze regimes moet vallen opdat zij in aanmerking zou komen voor contractuele bescherming. Het is bijvoorbeeld niet zo dat de meester van het geheim het bestaan van zelf genomen redelijke maatregelen voor de bescherming van het geheim moet aantonen (*cf.* art. 39.2, (c) TRIPS) opdat hij de geheimhouding van zijn contractuele geheimplichtigen zou mogen verwachten<sup>868</sup>. Een gebrek aan dergelijke maatregelen bemoeilijkt weliswaar de bewijslevering van de fout in hoofde van zijn geheimplichtigen, maar het is geen fundamentele vereiste voor de geldigheid of werkzaamheid van zijn contractuele geheimhoudingsaanspraken. Informatie kan immers objectief niet of weinig bekend zijn aan derden, ook al neemt de partij die er kennis van heeft geen concrete maatregelen (zoals het aanbrengen van waarschuwingen of de versleuteling van de informatie) om zijn geheim te beschermen.

**251. Zaak ten aanzien waarvan de prestatie moet worden geleverd.** De geheimhoudingsplicht kan de overdracht van *vooraf bestaande informatie* viseren. Het kan bijvoorbeeld gaan over productieprocessen, verkoopstechnieken of ondernemingstrategieën waarover de informatieverstrekker beschikt.

**Voorbeeld:** “‘Confidential Information’ means confidential commercial, financial, marketing, technical, electronic or other information of whatever nature, including, [...]”.

Het feit dat niet-vertrouwelijke informatie wordt aangewend in een bepaalde onderneming kan als dusdanig vertrouwelijk zijn<sup>869</sup>. Ook de *karakteristieken* van de uitgewisselde informatie kunnen onder de geheimhoudingsplicht vallen zoals haar bron<sup>870</sup>, de identiteit van andere personen die erover beschikken of het tijdstip van de ontdekking of ontwikkeling ervan.

**Voorbeeld:** “Even if any such information becomes available to the public, each party shall not disclose without the other’s prior written approval the fact that such information was furnished by or originated with the other”<sup>871</sup>.

“2.3 There are various ways in which a person or the Council may be under a duty of confidentiality (either explicitly or implied), such as: [...] (iii) if the source of the information will be put at risk if identified e.g. whistle blowers”<sup>872</sup>.

---

<sup>868</sup> In die zin nochtans A. LATRAILLE, “Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat (1re partie)”, *Petites Affiches* 2006, 4, nr. 90 (“Au surplus, la volonté, même exprimée, du créancier n’est pas suffisante: il incombe encore à ce dernier de prendre des ‘dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances’ destinées à garder les informations secrètes”).

<sup>869</sup> F. NAMOUR, 161.

<sup>870</sup> M. FONTAINE en F. DE LY, 273; F. NAMOUR, 161.

<sup>871</sup> <http://www.secinfo.com/dsvrp.1A52.z.htm>.

<sup>872</sup> <http://www.dartfordbc.gov.uk/constitution/documents/LSP-guidancetoMembersonReleaseofConfidentialInformation.pdf>.

Zij kan tevens betrekking hebben op informatie die bestemd is om te worden *gegenereerd door de contractuele basisverhouding*<sup>873</sup>, zoals de inhoud of het resultaat van onderhandelingen, onderzoeks- en bedrijfsresultaten of verbeteringen aan technologieën. In dit geval is sprake van een toekomstig voorwerp.

**Voorbeeld:** “5. Confidentiality

(B) Confidential Information shall mean [...] (ii) case reports and any other data or information resulting from the Study which is not published as provided in Section 6”<sup>874</sup>.

Ook informatie die rechtstreeks betrekking heeft op de overeenkomst of de buitencontractuele verhouding waarvoor de contractuele geheimhoudingsplicht wordt aangegaan, kan het voorwerp uitmaken van een geheimhoudingsplicht. Hierbij wordt het *bestaan* geïndiceerd van bijvoorbeeld onderhandelingen<sup>875</sup>, van de informatieoverdracht of van de overeenkomst zelf<sup>876</sup>, dan wel van de *identiteit* van de partijen bij de overeenkomst of van de *inhoud* ervan<sup>877</sup>. Dergelijke afspraken vrijwaren de onderhandelingspositie van (één van) de partijen in de relatie met derden. Kennis over het bestaan of de precieze inhoud van de beschermde basisverhouding (bv. de bereidheid tot het aangaan van een dading of tot betaling van een bepaalde geldsom) zou het onderhandelingsgedrag van derden immers kunnen beïnvloeden<sup>878</sup>.

**Voorbeeld:** “The existence of negotiations, discussions, and exchanges of information between the parties hereto also is specifically confidential and any actual or pending transaction shall be treated as additional Confidential Information”<sup>879</sup>.

“Each Party agrees to keep the existence of any evaluations, discussions and negotiations confidential and not to [...]”<sup>880</sup>.

“[...] the Recipient and its Representatives will not disclose to any other person the fact that the Information has been made available, that discussions or negotiations are taking place concerning a possible transaction involving the Company or any of the terms, conditions or other facts with respect to any such possible transaction, including the status thereof [...]”<sup>881</sup>.

De overeenkomst kan tot doel hebben om meerdere van de hierboven opgesomde types informatie geheim te houden. De duur van de geheimhoudingsplicht kan daarbij

---

<sup>873</sup> Cf. M. VIVANT, “Les clauses de secret” in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Aix-Marseille, PU Aix-Marseille, 1990, (101) 106, nr. 14.

<sup>874</sup> <http://www.utsystem.edu/ogc/intellectualproperty/contract/hoffman.htm>.

<sup>875</sup> M. FONTAINE en F. DE LY, 273.

<sup>876</sup> M. VIVANT, “Les clauses de secret” in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Aix-Marseille, PU Aix-Marseille, 1990, (101) 106, nr. 13.

<sup>877</sup> F. NAMOUR, 158; zie tevens F. NGO SICK, *Le secret dans les relations contractuelles*, thesis universiteit Montesquieu-Bordeaux IV, 2000, 262 *et seq.*

<sup>878</sup> Zie in verband met licentieovereenkomsten: S. KIM-HELMS, “Review Of Key Clauses In University / Biotechnology Industry Licensing Agreements”, *Les Nouvelles* 2007, (371) 381.

<sup>879</sup> <http://www.adlercompany.com/NonDisclosureB.pdf>.

<sup>880</sup> [http://www.acids.co.uk/Confidentiality\\_Agreement.pdf](http://www.acids.co.uk/Confidentiality_Agreement.pdf).

<sup>881</sup> [http://www.technostart.com/down/r\\_d\\_2\\_nda\\_technostart.pdf](http://www.technostart.com/down/r_d_2_nda_technostart.pdf).

voor elk type informatie afzonderlijk worden bepaald<sup>882</sup>. Zo sluit het feit dat de informatie inhoudelijk in het publieke domein terechtkomt niet uit dat de informatieverstrekker een beschermingswaardig belang heeft bij de geheimhouding van het bestaan van de overeenkomst, het tijdstip van de ontdekking van de informatie of van zijn identiteit als informatieverstrekker (bv. bij geheimhoudingsovereenkomsten naar aanleiding van persberichtgeving).

**252. Belang voor de effectiviteit van de geheimhoudingsplicht.** De omschrijving van de geheim te houden zaak is een van de meest cruciale onderdelen van een geheimhoudingsovereenkomst. Informatie die niet voldoet aan de contractuele definitie van beschermingswaardige informatie, valt immers onverbiddeijk buiten het toepassingsgebied van de geheimhoudingsplicht. Dit geldt zelfs indien de informatie objectief bekeken een vertrouwelijk karakter heeft. De informatieverstrekker zal in die hypothese slechts beroep kunnen doen op een andere grondslag -d.i. een specifieke wettelijke grondslag of de gemeenrechtelijke contractuele of buitencontractuele gedragsnormen- voor de bescherming van zijn informatie.

Een goede omschrijving is des te belangrijker voor de partij in wiens nadeel de overeenkomst wordt uitgelegd bij twijfel over de inhoud van de overeenkomst<sup>883</sup>. Dit interpretatierisico wordt treffend geïllustreerd door de zaak *Western Water Management v. Heine*<sup>884</sup>. Karl Heine is een verkoper die na twaalf jaar dienst wordt ontslagen bij Western Water Management. Hij ondertekende een geheimhoudingsovereenkomst die hem aan een geheimhoudingsplicht onderwerpt voor alle informatie “considered confidential by the Company”. Hij stapte na zijn ontslag over naar een concurrerend waterbedrijf en slaagt al snel in de afwerving van cliënteel van zijn vroegere werkgever. Deze verwijt hem een inbreuk op de geheimhoudingsovereenkomst. De rechtbank weigert om een inbreuk vast te stellen door het gebrek aan duidelijke definitie: “[...] the confidentiality agreement fails to define what information is “confidential,” and Western has offered no information, such as customer lists, which could be considered confidential or in which it would have a protectable interest. [...] An ambiguity in an employment contract is resolved against the drafter. [...] We conclude that Heine did not breach the confidentiality agreement and that Western was also unlikely to succeed on the merits of this claim”.

**253. Keuzemogelijkheden bij de definiëring van de geheim te houden informatie.** De partijen beschikken over een aantal keuzemogelijkheden voor de bepaling van de geheim te houden informatie. Zij kunnen enerzijds kiezen om een *definitie* of minstens een aantal *objectieve criteria* op te nemen in de overeenkomst. De uitwerking daarvan kan gebeuren via een positieve of negatieve formulering. Deze omschrijving kan op zijn beurt bestaan uit een gedetailleerde opsomming of uit een abstracte omschrijving. Er kunnen tevens formaliteiten worden toegevoegd zoals de verplichting om vertrouwelijke documenten als dusdanig te bestempelen, om de

---

<sup>882</sup> Zie tevens A. LATRAILLE, “Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat (1re partie)”, *Petites Affiches* 2006, 4, nr. 113.

<sup>883</sup> Het gemeenrechtelijke uitgangspunt is dat de uitkomst in geval van twijfel uit te leggen is in het nadeel van de bedinger en in het voordeel van de partij die zich verbonden heeft (art. 1162 BW). Specifieke wetgeving kan hiervan afwijken. Zo bevat de WMPC (behalve bij vorderingen tot staking) een interpretatievoorkeur voor de consument (art. 40, §2 WMPC; oud art. 31, §4 WHPC).

<sup>884</sup> Court of Appeals Minnesota, 30 april 1996, *Western Water Management v. Karl M. Heine*, 1996 WL 208489.

informatie mee te delen via een bepaalde informatiedrager (bv. alleen schriftelijk) of op een bepaalde locatie (bv. een *data room*) of om de wil tot geheimhouding te bevestigen binnen een bepaalde termijn. Anderzijds kunnen de partijen, bewust of niet, nalaten om de geheim te houden informatie rechtstreeks te omschrijven. De vraag rijst hierbij of dit *gebrek aan (rechtstreekse) definitie* resulteert in een onbepaald voorwerp en, indien dit niet het geval zou zijn, hoe het voorwerp van de geheimhoudingsplicht in deze hypothese moet worden vastgesteld.

De keuzes die worden gemaakt, moeten resulteren in een voorwerp dat wordt geschaagd door een legitiem belang in hoofde van de meester van het geheim. Zij mogen de vrijheid van de geheimplichtige bovendien niet op onredelijke wijze beperken (*cf. supra* randnr. 233 *et seq.*). Contractuele geheimhoudingsplichten die bijvoorbeeld betrekking hebben op “alle meegedeelde informatie”, of deze nu geheim is of niet (of op een andere manier beschermenswaardig zou zijn – *cf. infra* randnr. 348), lopen het risico om te worden beschouwd als onredelijk (en dus ongeldig) ruime omschrijvingen. Dit is problematisch omdat de Belgische rechtspraak sterk gekant is tegen een rechterlijke reductie van te ruim omschreven bepalingen (*infra* randnr. 440). Wie alles, zelfs tegen de realiteit in, contractueel als geheim behandeld wenst te zien, riskeert daardoor zonder de uitdrukkelijk gestipuleerde contractuele bescherming achter te blijven. De meester van het geheim zou in deze hypothese wel nog kunnen terugvallen op eventueel beschikbare gemeenrechtelijke mechanismen (bv. impliciete geheimhoudingsplichten op basis van de artikelen 1134 of 1135 BW). Bovendien is het mogelijk dat een ruime contractuele definitie elders in de overeenkomst genuanceerd blijkt te worden (zoals op eventuele uitzonderingen die worden gefomuleerd op de geheimhoudingsplicht – *cf. infra* randnr. 256).

## 2.1 Bepaling op basis van objectieve, contractuele criteria

**254.** Vooraf is op te merken dat de objectieve criteria positief kunnen worden geformuleerd: de overeenkomst bepaalt hierbij welke informatie zeker geheim is, voor welke doelstellingen zij mag worden gebruikt, op welke wijze en in welke vorm zij moet worden meegedeeld en door of aan welke partij zij moet worden verstrekt. Dit leidt tot het risico dat de positieve omschrijving wordt opgevat als exhaustief, zodat alles wat er buiten valt niet geheim hoeft te worden gehouden<sup>885</sup>. Deze criteria kunnen desgewenst ook negatief worden geformuleerd, zodat de overeenkomst stipuleert welke informatie zeker niet geheim is (zie *infra* randnr. 280), hoe zij zeker niet mag worden gebruikt, etc. De combinatie van positieve en negatieve omschrijvingen laten toe om de partijwil op meer gedetailleerde wijze vast te leggen.

### 2.1.1 Limitatieve opsomming of omschrijving van de inhoud van de informatie

**255. Opsomming in concreto.** Het opstellen van een lijst met een gedetailleerde, limitatieve opsomming van de vertrouwelijke informatie is de meest eenvoudige manier om het toepassingsgebied van de overeenkomst te omschrijven. Deze methode is bruikbaar indien de inhoud van de geplande informatieverstrekking(en) welomlijnd is (bv. de periodieke verstrekking van de boekhouding van een onderneming of de

---

<sup>885</sup> J. HUET en F. DUPUIS-TOUBOL, 250, nr. 26.

éénmalige mededeling van persoonsgegevens). Het is echter af te raden om al te zeer in detail te treden indien de partijen op het moment van de contractsluiting slechts een beperkt beeld hebben van de informatie die verstrekt zal worden. De meester van het geheim riskeert dan dat *in se* beschermenswaardige informatie buiten het toepassingsgebied van de geheimhoudingsplicht valt omdat zij door een vergetelheid of onzorgvuldige redactie van de overeenkomst niet werd opgenomen in de lijst<sup>886</sup>.

**Voorbeeld:** “For the purposes of this agreement, the term ‘Technology’ shall mean and include all or any of the following: Carnegie Mellon disclosure dated [...], and bearing Docket Number [...], entitled ‘[...]’ and includes all or any of the inventions and developments described or disclosed therein, patent applications, or any physical embodiments thereof, and know-how related thereto”<sup>887</sup>.

“Le présent contrat porte sur le savoir-faire non breveté dont les éléments de départ, principe et performances font l’objet de l’annexe 1 du présent contrat”<sup>888</sup>.

Deze techniek resulteert in een volstrekt bepaalde omschrijving van het voorwerp. Het is namelijk op het moment van de contractsluiting al duidelijk welke concrete gegevens onderworpen zijn aan de geheimhoudingsplicht. Het maakt daarbij niet uit of de informatie reeds bestaat op dit tijdstip. De partijen kunnen, gelet op de geldigheid van toekomstige voorwerpen (art. 1130 BW), evenzeer een geheimhoudingsovereenkomst sluiten waarbij de opgesomde informatie pas naderhand wordt ontwikkeld.

**256. Opsomming *in abstracto*.** Het voorwerp kan bestaan uit een abstracte opsomming van de specifieke informatie die in aanmerking komt voor geheimhouding. Het voordeel van een opsomming *in abstracto* is dat de partijen zich op het tijdstip van de contractsluiting slechts een globaal beeld hoeven te vormen over de informatie. Het verschil met de opsomming *in concreto* is dat de partijen hier de overdracht op het oog hebben van alle gegevens die behoren tot één van de opgesomde abstracte categorieën. Het wordt na de contractsluiting duidelijk welke informatie *in concreto* onderworpen is aan de geheimhoudingsplicht door de inhoud ervan te toetsen aan de abstracte omschrijvingen. Dit maakt het voorwerp van de geheimhoudingsplicht bepaalbaar en dit volstaat voor de geldigheid ervan. De partijen hoeven bijgevolg niet op voorhand volstrekt zeker te zijn over het aantal informatieverstrekkingsen of over de concrete inhoud van elke informatieverstrekking. Ook hier geldt het gevaar dat de gegeven opsomming niet helemaal overeenstemt met de contractuele noden die naderhand rijzen. De partijen kunnen tot de vaststelling komen dat *in se* beschermenswaardige abstracte categorieën van informatie door een vergetelheid of problematische formulering niet beschermd blijken.

**Voorbeeld:** “Confidential Information shall mean information (in any form or media) regarding the company’s technology, products, customers, prospective customers (including lists of customers and prospective customers) methods of operation, billing rates, billing procedures, suppliers, business

<sup>886</sup> P. KURZ, 35; F. NAMOUR, 165; M. BUHLER, (359) 367.

<sup>887</sup> <http://www.carnegiemellonctt.com/forms/One-wayCDA.doc>.

<sup>888</sup> J.M. MOUSSERON, P. MOUSSERON, J. RAYNARD en J.-B. SEUBE, 153, nr. 323.

methods, finances, management, employees, employee compensation, or any other business information relating to the Business [...]"<sup>889</sup>.

De partijen kunnen tevens gebruik maken van algemene categorieën van vertrouwelijke informatie zoals “*knowhow*”, zakengeheimen of fabrieksgeheimen<sup>890</sup>. Het voorwerp kan tevens worden geformuleerd als informatie die gerelateerd is aan bepaalde (rechts)personen. Deze formulering duidt eveneens een abstracte categorie van informatie aan. Zij impliceert niet dat deze informatie rechtstreeks moet worden verstrekt door de (rechts)persoon in kwestie.

**Voorbeeld:** “[...] en ce qui concerne l’ensemble des faits techniques qui seront connus par lui à l’occasion de ses fonctions et concernant la technologie mise en œuvre par la société SABATE S.A., ou [...]”<sup>891</sup>.

De partijen kunnen ten slotte kiezen om een zeer algemene omschrijving op te nemen waarbij de geheimhoudingsplicht betrekking heeft op “vertrouwelijke informatie”, “obviously confidential information”<sup>892</sup>, “non-public information” of zelfs “alle informatie”<sup>893</sup>. Dergelijke algemene bewoordingen doen vragen rijzen over de bepaalbaarheid en de geldigheid van het voorwerp, maar leiden niet noodzakelijk tot een nietig voorwerp. De partijen kunnen deze begrippen namelijk elders in de overeenkomst definiëren. Zij zijn ook vatbaar voor interpretatie door de rechter. De omschrijving “alle informatie” is bijvoorbeeld doorgaans niet letterlijk op te vatten. Zij wordt impliciet beperkt door de doelstelling van de contractuele verhouding<sup>894</sup>, zodat alleen informatie die relevant is voor de contractuele basisverhouding onder de geheimhoudingsplicht valt. Bovendien kan de focus van de definitie ook negatief zijn. Duidelijk geformuleerde uitzonderingen houden het voorwerp bepaalbaar. Er is dan sprake van een negatieve definitie waarbij alle informatie in beginsel onder de geheimhoudingsplicht valt tenzij de geheimplichtige aantoont dat de gegevens in kwestie ressorteren onder één van de uitzonderingen.

Sommige geheimhoudingsovereenkomsten gebruiken de notie “*proprietary information*” in hun definitie van het voorwerp. Hierbij is voorzichtigheid geboden. *Proprietary information* is namelijk geen synoniem met *confidential information*<sup>895</sup>. De eerste notie is “information in which the owner has a protectable interest”<sup>896</sup>. *Confidential information* is één van de bestanddelen van de categorie *proprietary information*. Deze laatste notie omvat echter ook informatie die bescherming geniet zonder vertrouwelijk te zijn, zoals informatie waarop een auteursrecht of een octrooi rust. Niet alle *proprietary information* kan (of hoeft) bijgevolg worden onderworpen aan een geheimhoudingsplicht. Men kan uit deze positieve formulering wel de

<sup>889</sup> <http://www.secinfo.com/dsvRm.v45b.c.htm>.

<sup>890</sup> F. NAMOUR, 166; V. DUHAUT, 148.

<sup>891</sup> F. NAMOUR, 151, nr. 358.

<sup>892</sup> P. KURZ, 32.

<sup>893</sup> Bv. M. BUHLER, (359) 367.

<sup>894</sup> Cf. Parijs 14 oktober 1960, *ANPI* 1961, 261.

<sup>895</sup> F. ADORANTI, 23.

<sup>896</sup> *Black's Law Dictionary*, v° Proprietary information.

gezamenlijke partijwil afleiden dat informatie die daadwerkelijk vertrouwelijk is ook vertrouwelijk moet worden gehouden<sup>897</sup>.

## 2.1.2 Doelstelling van de contractuele of buitencontractuele basisverhouding

### 2.1.2.1 Algemeen

**257.** Een andere methode is om het voorwerp van de informatieverstrekkings- en/of geheimhoudingsplicht geheel of gedeeltelijk te laten bepalen door de doelstelling van de basisverhouding die zij dient te beschermen. Alle informatie waarvan de mededeling redelijkerwijze noodzakelijk is voor het bereiken van de doelstelling(en) (bv. de evaluatie van de wenselijkheid van een contractsluiting n.a.v. onderhandelingen<sup>898</sup>) valt dan onder de geheimhoudingsplicht<sup>899</sup>. De doelstellingen kunnen zowel contractueel of buitencontractueel zijn. Een contractuele doelstelling is bijvoorbeeld de productie van bepaalde goederen. Een buitencontractuele doelstelling is bijvoorbeeld het voeren van onderhandelingen (zonder onderhandelingsovereenkomst). De partijen kunnen deze doelstellingen uitdrukkelijk omschrijven. Bepaalde doelstellingen zullen, behoudens afwijking door de partijen, impliciet aanwezig zijn omdat zij gebruikelijk zijn voor het type overeenkomst of buitencontractuele verhouding in kwestie.

**Voorbeeld:** “Financial Advisor may, from time to time, represent certain holders, agents or others (the “Seller”) in offering for sale by competitive sealed bid auction (“Loan Sale”) certain loans, assets, or claims (the “Assets” and/or “Loans”). In connection therewith, Registrant has requested permission to review and inspect electronic data, documents, files and other information relating to the Assets”<sup>900</sup>.

“Section 2. Purpose. The User agrees that its review and inspection of the Confidential Information shall be solely to conduct due diligence, on its own behalf, for the sole purpose of determining whether or not to submit a bid to purchase some or all of the Assets, and for no other purposes. The User agrees that any credit or consumer report information contained in the Confidential Information will be used by the User solely for the purpose of analyzing the credit transaction involved or the collectability of such account”<sup>901</sup>.

De contractualisering van de specifieke doelstelling waarvoor de overeenkomst wordt gesloten, brengt een risico van verwarring met zich mee. Een geheimhoudingsovereenkomst kan namelijk worden gesloten met het oog op de realisatie van *één welbepaald project* tussen partijen met *meerdere gezamenlijke activiteiten*. Een geheimhoudingsovereenkomst waarvan het toepassingsgebied niet duidelijk beperkt blijft tot het specifiek beoogde project riskeert bij betwisting zodanig ruim te worden geïnterpreteerd dat zij het statuut heeft van

<sup>897</sup> A. LATRAILLE, “Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat (1re partie)”, *Petites Affiches* 2006, 4, nr. 71.

<sup>898</sup> D. MATRAY en F. VIDTS, “Règles de l’art – normes – risques de développement – savoir-faire – des notions qui se chevauchent?” in *Liber amicorum Paul Delnoy*, Brussel, Larcier, 2005, (1011) 1034.

<sup>899</sup> Cf. V. DUHAUT, 145, nr. 126.

<sup>900</sup> <http://www.loansalex.com/Register/BLXAssetSale%20Confidentiality%20Agreement.pdf>.

<sup>901</sup> <https://www.nlex.com>.

kaderovereenkomst voor alle betrekkingen tussen de partijen, ook deze die niets te maken hebben met het specifieke project waarvoor de geheimhoudingsplicht is bedongen. Dit brengt geheimhoudingsplichten tot stand zonder dat de rechtstreekse betrokkenen zich daarvan bewust zijn (bv. onderzoeksteams van de betrokken ondernemingen die samenwerken voor andere projecten)<sup>902</sup>. Dit gevaar blijft echter beperkt indien het project is uitgewerkt in één overeenkomst waarin de geheimhoudingsplicht in de vorm van een clause is uitgewerkt. Het uitgangspunt is dat het toepassingsgebied van deze clause beperkt blijft voor de specifieke relatie waarvoor zij werd bedongen en niet dat het gaat om een kaderbeding.

De partijen kunnen uiteraard bewust een dergelijke ruime geheimhoudingsplicht bedingen:

**Voorbeeld:** “The Corporation and the Client each agree not to originate any publicity, news release or other public announcements, written or oral, whether to the public press or otherwise, relating to this Agreement, the parties business relationship, or the performance of either party hereunder without the prior written consent of the other party”<sup>903</sup>.

## 2.1.2.2 Uiting van doelstelling in preamble

### 2.1.2.2.1 Omschrijving

**258. Principe en effect.** De preamble is een verklaring die voorafgaat aan het normatieve gedeelte van de overeenkomst. Zij is vooral terug te vinden in complexe, internationale overeenkomsten<sup>904</sup>. De juridische implicaties van de preamble zijn in beginsel beperkt<sup>905</sup>. De gebruikelijke doelstelling is het bieden van een interpretatierichtsnoer voor de uitlegging van de overeenkomst<sup>906</sup>. Zij wordt ook aangewend om de belangrijkste feiten vast te leggen op basis waarvan de overeenkomst is aangegaan. De rolverdeling tussen het inleidende en het normatieve gedeelte van de overeenkomst is echter geen vaststaand gegeven. Ook een preamble kan juridisch bindende rechten en plichten totstandbrengen<sup>907</sup>.

**259. Inhoud.** Preambles zijn zinvol om in detail te treden over de *concrete oorzaak of doelstelling* van de overeenkomst.<sup>908</sup> Er kan bijvoorbeeld worden aangestipt dat de

---

<sup>902</sup> P. KURZ, 25.

<sup>903</sup> <http://www.vermontsoap.com/custom/confidentiality.shtml>.

<sup>904</sup> S. HOTTE, *La rupture du contrat international. Contribution à l'étude du droit transnational des contrats*, Parijs, Defrénois, 2007, 302, nr. 797.

<sup>905</sup> Wat niet wegneemt dat de toevoeging van een preamble tot verregaande of onverwachte consequenties kan leiden. Zo acht de Franse Conseil Constitutionnel zich bevoegd om Franse wetgeving ongrondwettelijk te verklaren op basis van de preamble bij de Franse grondwet (Conseil Constitutionnel nr. 71-44 DC van 16 juli 1971, *JO* 18 juli 1971, 7114). Zie ook *infra* randnr. 260 voor rechtspraak over preambules).

<sup>906</sup> B. WESSELS en T.H.M. VAN WEICHEM, *Aandachtspunten bij internationale contracteren in Contracteren in de internationale praktijk*, Deventer, Kluwer, 2002, 24.

<sup>907</sup> Cf. M. FONTAINE en F. DE LY, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, Brussel, Bruylant, 2003, 98.

<sup>908</sup> Zie bv. V. VERCAMMEN-VAN DEN VONDER, “Het engineeringcontract: nieuw contractspatroon van een industriële maatschappij”, *TPR* 1980, (831) 844.



overeenkomst *intuitus personae*<sup>909</sup> (zie ook *supra* randnr. 106 *et seq.*) wordt gesloten met de medecontractant voor de evaluatie van bepaalde informatie<sup>910</sup> of als voorbereiding op onderhandelingen over de commercialisering van een uitvinding, op de aanschaf van financiële instrumenten of op de overname van een onderneming. Indien het gaat om de commercialisering van een uitvinding kan ook worden beklemtoond dat de uitvinding het voorwerp uitmaakt of zal uitmaken van een *octrooiaanvraag*. In geval van betwisting kan deze verduidelijking worden aangewend om de contouren van het rechtmatige gebruik van de informatie af te lijnen. Verder kan steeds worden beklemtoond dat de geheimhoudingsovereenkomst *geen recht op exclusieve onderhandelingen* voor de informatieverkrijger impliceert, met andere woorden dat de informatieverstrekker zich het recht voorbehoudt om de informatie ook aan andere geïnteresseerde partijen over te maken.

De toegevoegde waarde van de preambule blijft beperkt tot vermeldingen die een werkelijke verduidelijking aanbrengen. De verklaring dat partijen een geheimhoudingsovereenkomst aangaan omdat zij vertrouwelijke informatie wensen uit te wisselen, heeft bijvoorbeeld weinig zin. Die beweegreden is immers onafscheidelijk verbonden met elke geheimhoudingsovereenkomst.

**Voorbeeld:** “De partijen bij de geheimhoudingsovereenkomst zijn verwikkeld in niet-exclusieve gesprekken over [omschrijving van het voorwerp van de gesprekken, bijvoorbeeld de commercialisering van een bepaalde uitvinding]. De informatieverkrijger wenst kennis te nemen van vertrouwelijke informatie om de opportuniteit van verdere onderhandelingen te beoordelen en komt daartoe het volgende overeen met de informatieverstrekker: [...]”.

**260. Onderscheid tussen inleidend gedeelte en de overeenkomst *sensu stricto*.** Zoals aangehaald, wordt de rolverdeling tussen het inleidende deel en de overeenkomst *sensu stricto*, het normatieve gedeelte, niet altijd gerespecteerd. In de praktijk bevat de preambule al eens afspraken die tot doel hebben om de partijen te binden<sup>911</sup>. Men kan daarbij denken aan de omschrijving van termen die worden gehanteerd in het normatieve gedeelte van de overeenkomst of zelfs aan een gedetailleerde uiteenzetting van de verbintenissen die het voorwerp uitmaken van de overeenkomst. Het is af te raden om dergelijke afspraken op te nemen in een preambule. Zij horen thuis in de eigenlijke overeenkomst. De vervaging van de grens tussen enerzijds motivering of achtergrondschets en bindende afspraak anderzijds

---

<sup>909</sup> J.M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, 1999, 172, nr. 392.

<sup>910</sup> Zie tevens M. ANDERSON en S. KEEVEY-KOTHARI, *Drafting confidentiality agreements*, Londen, Law Society, 2003, 61-62 en F. ADORANTI, *The Managers Guide to Understanding Confidentiality Agreements*, Londen, 50 Lessons Professional Publishing, 2006, 24-25. Deze auteurs raden aan om niet alleen te vermelden dat de informatie wordt meegedeeld “ter evaluatie”, maar om te expliciteren dat de informatie tot doel heeft om te beslissen de voorgestelde overeenkomst aan te gaan. Zoniet zouden de grenzen van het toegestane gebruik te vaag zijn. Eventueel kan er nog uitdrukkelijk bij worden vermeld dat de informatie niet voor andere doeleinden mag worden gebruikt. In sommige overeenkomsten zal ook worden verduidelijkt welk gebruik zeker niet is toegestaan. In dat geval kan men verder verduidelijken dat het niet gaat om een limitatieve opsomming.

<sup>911</sup> M. FONTAINE en F. DE LY, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, Brussel, Bruylant, 2003, 107-109.

riskeert nodeloze discussie te creëren over het al dan niet bindende karakter van de vermelding in de preambule<sup>912</sup>.

In de Californische zaak *State Farm v. Wier*<sup>913</sup>, werd op basis van de aard van de bepaling en de locatie in de overeenkomst een betwisting beslecht over de bindende kracht van een *trade secrets ownership* clause. De overeenkomst tussen een verzekeraar (*State Farm*) en een verzekeringsagent (Wier) bevat een beding dat de eigendom van klanteninformatie aanmerkte als zakengeheimen van de verzekeraar. De relatie tussen *State Farm* en Wier verslecht en de verzekeraar zegt de overeenkomst op. Wier kopieert tijdens de opzegperiode de klantenlijsten van *State Farm* en geeft deze door aan de nieuwe verzekeraar waarmee hij een samenwerking is begonnen. *State Farm* repliceert met een vordering van *misappropriation of trade secrets*. Zij beroept zich onder meer op de clause die de eigendom van de zakengeheimen uitdrukkelijk aan zichzelf toebedeelt. Wier tracht de bindende kracht van deze clause aan te vechten door te stellen dat de clause in kwestie slechts een preambule (*recital*) is. De rechtbank volgt deze redenering echter niet: “The provision was not a statement of fact; rather, it was a term that established legal relations between the parties. This is suggested not merely by the inherent nature of the provision but also by its location in the contract. While the contract’s recitals were contained in a section entitled ‘PREAMBLE’, the provision regarding ownership of the trade secrets was contained in a section entitled ‘MUTUAL CONDITIONS AND DUTIES’ It was plainly a covenant to which defendants had agreed”.

Betwisting over het bindende karakter kan ook de vertrouwelijke afhandeling in het gedrang brengen van uit de overeenkomst voortvloeiende geschillen. Een preambule bij een vennootschapscontract bevatte afspraken over de verbintenissen van de partijen<sup>914</sup>. Eén van de partijen beriep zich naar aanleiding van een geschil over deze afspraken op het overeengekomen arbitragebeding. De verweerder wierp op dat de preambule geen deel uitmaakte van de overeenkomst en geen bindende afspraken bevatte, zodat het arbitragebeding niet van toepassing was op betwistingen die voortvloeiden uit de preambule. Het hof van beroep te Rennes volgde die redenering niet. Zij beschouwde de preambule in kwestie als een integraal onderdeel van de overeenkomst. Deze analyse was terecht omdat partijen de preambule duidelijk geen interpretatieve rol hadden toebedeeld, maar een normatieve. Het zou getuigd hebben van misplaatst formalisme om de verbintenissen in de preambule een andere kwalificatie toe te meten dan de verbintenissen in de overeenkomst *sensu stricto*<sup>915</sup>.

**261. Selectief gebruik.** De eenvoudigste aanpak om verwarring te vermijden over het doel van de preambule is om deze slechts aan te wenden voor haar natuurlijke functie: het meedelen van ter zake doende achtergrondinformatie. Bindende afspraken dienen te blijken uit het normatieve gedeelte van de overeenkomst. Precieze details over het toegestane gebruik van de informatie (bv. “de informatie mag alleen worden gebruikt om de haalbaarheid van het project te evalueren” of “de informatie mag niet worden

<sup>912</sup> R. SCHUMACHER, *Vertragsgestaltung. Systemtechnik für die Praxis*, Zürich, Schulthess, 2004, 583, nr. 1490.

<sup>913</sup> Court of Appeal California (First district, Division 1) 27 december 2004, *State Farm Mutual Automobile Insurance Company v. John W. Wier*, 2004 WL 2988429.

<sup>914</sup> Cour d’appel Rennes 26 september 1984, *Rev. Arb.* 1986, 445, noot P. ANCEL.

<sup>915</sup> P. ANCEL, noot onder 26 september 1984, *Rev. Arb.* 1986, (446) 447; M. FONTAINE en F. DE LY, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, Brussel, Bruylant, 2003, 108.

doorgegeven aan onderaannemers”) horen onmiskenbaar thuis in het normatieve gedeelte van de overeenkomst. Een andere oplossing is het herhalen van bindende afspraken in de eigenlijke overeenkomst. Dit maakt een vermelding in de preambule echter overbodig, terwijl zij mogelijk even contraproductief blijft. Er ontstaan immers nieuwe valkuilen indien de opstellers niet exact dezelfde bewoordingen hanteren op beide plaatsen. De kans op betwisting die daaruit voortvloeit kan op zijn beurt worden geredimeerd door uitdrukkelijk te stipuleren dat de preambule niet bindend is, dat steeds de voorkeur moet worden gegeven aan de bepaling in het bindende gedeelte van de overeenkomst in geval van onverenigbaarheid met de preambule<sup>916</sup> of door te werken met kruisverwijzingen tussen de inleidende en normatieve delen van de overeenkomst.

#### 2.1.2.2.2 Nut

**262. Signaleren van informatie.** Preambules zijn géén essentieel element van om het even welke overeenkomst, ook niet van een geheimhoudingsovereenkomst. Het gebruik van preambules biedt echter enkele voordelen. In de eerste plaats laten zij toe om bepaalde informatie te signaleren voor bewijsdoeleinden, bijvoorbeeld dat de onderhavige overeenkomst geen recht op exclusieve onderhandelingen impliceert. De medecontractant kan niet beweren dat de inhoud van de preambule hem onbekend is, vermits deze werd opgenomen in een door hem ondertekende onderhandse akte (*cf.* 1322-1325 BW).

**263. Interpretatie-instrument.** Bovendien levert de preambule om drie redenen een nuttig interpretatie-instrument op: de inhoud van de preambule werd gezamenlijk onderschreven door de partijen, blijft een vaststaand gegeven en is eenvoudig te consulteren. De enige vereiste voor dat laatste is het ter hand nemen van het *instrumentum* van de overeenkomst. De preambule biedt bijgevolg een duurzaam en betrouwbaar reservoir van informatie waaruit kan worden geput om de bedoelingen van de partijen vast te stellen<sup>917</sup>. Op zich is dat geen doorslaggevend argument voor het gebruik van preambules. Een oorzaak hoeft niet uitdrukkelijk tot uiting worden gebracht (art. 1132 BW) en bovendien geven de Belgische interpretatieregels in het

---

<sup>916</sup> R. SCHUMACHER, *Vertragsgestaltung. Systemtechnik für die Praxis*, Zürich, Schulthess, 2004, 584, nr. 1495. Vgl. M. FONTAINE en F. DE LY, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, Brussel, Bruylant, 2003, 108 (deze auteurs beschouwen de primauteit van de overeenkomst *sensu stricto* als de normale oplossing bij contradicties).

<sup>917</sup> J.-M. MOUSSERON, *Technique Contractuelle*, Parijs, Editions Francis Lefebvre, 1999, 173; V. VERCAMMEN-VAN DEN VONDER, “Het engineeringcontract: nieuw contractspatroon van een industriële maatschappij”, *TPR* 1980, (831) 844. Zie bv. US Court of Appeals 10 januari 2006, *ConFold Pacific v. Polaris Industries*, 433 F.3d 952 (“The preamble to the contract states, moreover, that ‘ConFold has information relating to its proprietary software systems, documentation, and related consulting services which it considers to be proprietary,’ and the phrase ‘software systems, documentation, and related consulting services’ refers to the reverse logistics analysis itself, for it was to that analysis that the software, documentation, and consulting services pertained. The implication is that the only proprietary information that ConFold would be revealing to Polaris would be information relating to the analysis”).

algemeen de voorkeur aan de subjectieve wil van de partijen (art. 1156 BW)<sup>918</sup>. Die wil mag zowel op basis van intrinsieke als extrinsieke elementen worden vastgesteld. De rechter hoeft zich bij zijn uitlegging niet te beperken tot de letter van de overeenkomst of tot de vier hoeken van het document. Zijn interpretatie wordt slechts begrensd door het feit dat hij de geïnterpreteerde akte niet mag doen liegen in de zin dat hij de bewoordingen niet mag verdraaien of negeren<sup>919</sup>. Het uitdrukkelijk vastleggen van specifieke informatie is daarbij een hulpmiddel om de interpretatie te sturen en om zo ongewenste of onverwachte interpretaties te vermijden. Het grootste voordeel van de preambule is echter haar duurzaamheid in vergelijking met informatie die moet worden afgeleid uit de context. Extrinsieke elementen kunnen namelijk onbeschikbaar zijn (of geworden zijn) op het moment dat de overeenkomst wordt uitgelegd. Elk document kan tenietgaan of verloren raken door een louter tijdsverloop. Bepaalde documenten kunnen bovendien onderworpen geweest zijn aan een contractuele vernietigingsplicht na afloop van de gesprekken (*cf. infra* randnr. 313). De geheugens van natuurlijke personen vervagen dan weer, zodat de herinneringen van de betrokkenen niet altijd even betrouwbaar of objectief zijn. Bovendien zijn documenten of uitspraken van partijen tijdens en ten behoeven van een bemiddeling bijvoorbeeld niet bruikbaar als bewijs in enige daaropvolgende geschillenbeslechtende procedure (artikel 1728 Ger.W.), ook niet indien de betwisting draait rond de uitvoering van een bemiddelingsakkoord. De preambule kan ten slotte de strenge werking van een *entire agreement clause* (*supra* randnr. 69) opvangen.

### 2.1.3 Informatiedrager

**264. Communicatiemethode.** De omschrijving kan het medium viseren van de informatieoverdracht. Dit criterium laat toe om te bepalen dat de geheimhoudingsplicht alleen betrekking heeft op schriftelijk meegedeelde informatie, dan wel ook mondeling meegedeelde informatie of andere communicatiemiddelen<sup>920</sup> omvat. Het kan tevens worden aangewend om verplichtingen te bedingen voor de informatiedragers als dusdanig (bv. teruggave of vernietiging ervan na afloop van de contractuele basisverhouding).

<sup>918</sup> L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, 274, nr. 228 (bevestiging van het principe); A. GUILMOT, “Chapitre 5. L’interprétation du contrat” in *Obligations. Traité théorique et pratique*, Brussel, Kluwer januari 2004, II.1.5-9 *et seq.*; D. LEJEUNE, K. SWERTS en N. PEETERS, “Afdeling 3. Uitlegging en implementatie van overeenkomsten” in *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, oktober 2002, II.4-126 *et seq.* Andere rechtsstelsels hebben daarentegen een traditionele voorkeur voor een objectieve en zelfs letterlijke interpretatie. Zie bv. voor de common law rechtsstelsels: M. ANDERSON en V. WARNER, *Drafting and Negotiating Commercial Contracts*, Haywards Heath, Tottel, 2007, 92-96; R. LORD, *Williston on Contracts*, Chapter 31. Standards of Interpretation; II. Standard of Expressed Intention. Een preambule kan wel zogenaamde *implied terms* toevoegen aan de overeenkomst indien deze berusten op een duidelijke partijwil (J. CHITTY, *Chitty on contracts*, 2008, 901-902, 13-024 en 13-025).

<sup>919</sup> F. DUMON, “De motivering van de vonnissen en arresten en de bewijskracht van de akten”, *RW* 1978-79, (257) 310; W. DE BONDT, “Uitlegging van overeenkomsten naar de geest: mogelijkheden, grenzen en alternatieven”, *RW* 1996-97, (1001) 1005.

<sup>920</sup> Men mag niet uit het oog verliezen dat informatieverstrekkingen ook op een nonverbale wijze kunnen plaatsvinden, bijvoorbeeld in de vorm van visuele vaststellingen naar aanleiding van een bedrijfsbezoek.

**Voorbeeld:** “Owner proposes to disclose certain of its confidential and proprietary information (the “Confidential Information”) to Recipient. Confidential Information shall include all data, [...] disclosed or submitted, orally, in writing, or by any other media, to Recipient by Owner”<sup>921</sup>.

Formuleringen waarbij alle informatie “ongeacht de drager” als vertrouwelijk wordt bestempeld zijn niet onmisbaar. Dat het precieze medium van een informatieoverdracht niet van belang is voor de aflijning van het voorwerp van een specifieke geheimhoudingsplicht valt immers al af te leiden uit de afwezigheid van enige verbijzondering op dit punt. Afspraken over het type informatiedrager hebben alleen nut indien de partijen één of meerdere communicatiemethodes wensen verplicht te stellen. De uitsluiting van bepaalde media is daarbij alleen aan te raden indien deze effectief niet zullen worden gebruikt voor de overdracht van beschermenswaardige informatie - dat een overdracht van documenten bijvoorbeeld niet gepaard zal gaan met een mondelinge toelichting van hun inhoud die als dusdanig geheimhouding zou behoeven.

**265. Bijkomende formaliteiten (naargelang de informatiedrager) ter verduidelijking van de wil tot geheimhouding.** Bij een langdurige en nauwe samenwerking worden aanzienlijke hoeveelheden informatie meegedeeld. Niet al deze informatie is noodzakelijkerwijze vertrouwelijk. De overeenkomst kan daarom als bijkomend criterium voor de bepaling van het voorwerp de informatieverstrekker verplichten om aan te geven welke informatie hij zelf als vertrouwelijk beschouwt. Deze kennisgeving gebeurt bij documenten door het aanbrengen van een stempel met de boodschap “vertrouwelijk” of “geheim” op elk relevant stuk (desgevallend met een bijkomende schriftelijke bevestiging of de opstelling van een inventaris). Deze bestempeling kan voorafgaan aan de informatieoverdracht. Bij mondeling gecommuniceerde informatie kan worden voorzien in een termijn waarbinnen de wil tot geheimhouding schriftelijk moet worden meegedeeld<sup>922</sup>. Dergelijke formaliteiten zijn, naargelang de wil van de partijen hetzij een loutere bewijsafspraak, hetzij een totstandkomingsvereiste voor de geheimhoudingsplicht.

**266. Remediëring van bewijsproblemen.** De mededeling van informatie via “vluchtige” communicatiemiddelen zoals de mondelinge mededeling van informatie leidt tot bewijsproblemen omdat zij geen permanente sporen nalaat. Het stipuleren van een schriftelijke bevestigingsplicht verhelpt dit (zoals het spreekwoord luidt: “*verba volant, scripta manent*”). De informatieverstrekker die aanspraak wenst te maken op geheimhouding moet dan binnen een bepaalde termijn (eventueel zelfs vóór de informatieverstrekking) het bestaan (en eventueel de inhoud) van de vertrouwelijke, mondelinge informatieverstrekking schriftelijk bevestigen aan de geheimplichtige.

**Voorbeeld:** “(b) With respect to any oral communication, not related to the Technology, which is deemed by Carnegie Mellon to be Confidential Information subject to this Agreement, Carnegie

---

<sup>921</sup> <http://www.ilrg.com/forms/confidagree.html>.

<sup>922</sup> F. ADORANTI, 18.

Mellon shall notify Recipient of such fact and within thirty (30) days thereafter Carnegie Mellon shall send a memorandum to Recipient outlining the information deemed to be Confidential Information”<sup>923</sup>.

Een uitgebreide kennisgevingplicht waarbij de inhoud van de mondelinge informatieverstrekking *in extenso* moet worden bevestigd, is in de praktijk vaak onwerkbaar<sup>924</sup>. Dit impliceert bijvoorbeeld dat een uitgebreid verslag moet worden opgesteld van elk contact tussen de partijen opdat eventuele verstrekkingen van vertrouwelijke informatie naderhand kunnen worden bevestigd. Dergelijke verregaande vereisten ondermijnen het nut van een mondelinge informatieoverdracht aangezien de partijen evenzeer meteen een schriftelijk verslag kunnen meedelen. De hierboven aangehaalde clausule vermijdt dit door slechts een “*outline*”, d.i. een schets of samenvatting, van de informatie te vereisen.

### **267. Essentiële vormvereisten voor het bestaan van een geheimhoudingsplicht.**

De formaliteiten kunnen essentiële vormvereisten zijn voor het bestaan van de geheimhoudingsplicht. De partijen dienen hierbij rekening te houden met het feit dat vertrouwelijke informatie niet steeds door een bewuste handeling wordt overgedragen<sup>925</sup>. Samenwerking kan leiden tot onrechtstreekse, onbewuste informatieoverdrachten, bijvoorbeeld door de loutere aanwezigheid van de informatieverkrijger op de bedrijfsterreinen van de informatieverstrekker. De kans is reëel dat dergelijke onbewuste informatieverstrekkingen niet uitdrukkelijk worden bevestigd, zodat niet wordt voldaan aan de kennisgevingsvereiste. Het is daarom aan te raden om te stipuleren dat “obviously confidential information” steeds vertrouwelijk moet worden gehouden, zelfs bij gebrek aan bevestiging door de informatieverstrekker.

De niet-naleving van de kennisgevingsformaliteiten ten aanzien een concrete informatieverstrekking brengt het risico met zich mee dat de informatieverstrekker elk (contractueel of zelfs buitencontractueel) recht op geheimhouding verliest<sup>926</sup>, althans indien de bedongen formaliteiten gelden als bestaansvereiste van de geheimhoudingsplicht. Het niet-bestempelen van documenten impliceert dan bijvoorbeeld dat de informatieverstrekker hen niet als vertrouwelijk beschouwt<sup>927</sup>.

De Amerikaanse firma Honeywell overweegt om een afzonderlijke *business unit* op te zetten in Noord-Amerika voor de verkoop van producten in verband met de veiligheid van machines<sup>928</sup>. Het contacteert daarbij onder meer de distributeur *Fox Controls*. Honeywell zet een pilootprogramma op voor de evaluatie van het project en voor het opstellen van criteria voor de selectie van de verschillende distributeurs. Fox Controls begint in 1997 informatie uit te wisselen met Honeywell. De partijen sluiten daarvoor een geheimhoudingsovereenkomst. Deze overeenkomst voorziet in een uitzondering op de geheimhoudingsplicht: “2. The limitations imposed by Paragraph 1 shall not apply to: [...] (v) written

<sup>923</sup> <http://www.carnegiemellonctt.com/forms/One-wayCDA.doc>.

<sup>924</sup> M. ANDERSON en S. KEEVEY-KOTHARI, 63.

<sup>925</sup> M. FONTAINE en F. DE LY, 269.

<sup>926</sup> F. ADORANTI, 16.

<sup>927</sup> M. FONTAINE en F. DE LY, 276.

<sup>928</sup> US district court Illinois (northern district, eastern division) 14 juli 2005, *Fox Controls, Inc. V. Honeywell, Inc.*, nr. 02 C 0346.

information, which is not marked with an appropriate legend identifying it as proprietary or confidential”. Fox Controls stelt in 2000 vast dat Honeywell voor haar trainingsmateriaal en seminars -die onder meer werden gegeven aan andere distributeurs, m.a.w. concurrenten van Fox Controls- gebruik maakt van een aantal documenten (in het bijzonder een *machine control flowchart for interfacing safety designs* en een *regulatory agencies summary with definitions section*) die haar werden meegedeeld door Fox Controls. Fox Controls ziet hier onder meer een *misappropriation* van haar zakengeheim in. Honeywell argumenteert echter dat eventuele beperkingen van het gebruik van de haar meegedeelde informatie moeten worden beoordeeld in het licht van de gesloten geheimhoudingsovereenkomst. Deze overeenkomst voorziet duidelijk dat de beperkingen inzake de verspreiding en het gebruik uitsluitend gelden voor informatie die op gepaste wijze als vertrouwelijk werden bestempeld door de informatieverstrekker. Dit was *in casu* niet gebeurd voor de documenten in kwestie. Fox Controls brengt daar tegen in dat de documenten wel haar logo en naam dragen. De rechtbank oordeelt echter dat dit weliswaar de bron van de informatie weergeeft, maar niet duidelijk doet blijken dat de informatie *proprietary or confidential* is. De informatieverstrekker verloor bijgevolg elk recht op bescherming bij gebrek aan naleving van de bedongen formaliteiten.

Naar Belgisch recht kan een vorm van samenloop worden onderscheiden in de problematiek van de verhouding tussen *trade secret misappropriation* en contractuele bescherming van zakengeheimen. De partijen hebben een geheimhoudingsovereenkomst gesloten en zijn daardoor afgeweken van de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels<sup>929</sup>. Het verwijt dat de eiser in kwestie maakt is dat de verweerder deze overeenkomst niet correct heeft uitgevoerd door de verspreiding en het gebruik van vertrouwelijke informatie. Dit verwijt moet (minstens zo lang de overeenkomst van kracht is) op contractuele en niet op buitencontractuele wijze worden benaderd aangezien de partijen van hun contractvrijheid gebruik hebben gemaakt om af te wijken van de buitencontractuele regeling. De informatie in kwestie is daarbij niet vertrouwelijk in de zin van de overeenkomst aangezien de kennisgevingsformaliteiten niet vervuld zijn.

Om te vermijden dat het gebrek aan stempel de geheimhoudingsplicht in het gedrang brengt, kan een terugvalpositie worden gestipuleerd waarbij informatie die duidelijk vertrouwelijk is *ipso facto* onder de geheimhoudingsplicht valt ondanks het gebrek aan veruitwendiging van de geheimhoudingswil. De miskenning van de formaliteiten is dan hooguit een contractuele fout die in aanmerking komt voor schadevergoeding in de mate dat de informatieverkrijger hierdoor enige schade zou lijden. Dergelijke uitzonderingen verminderen vanzelfsprekend de effectiviteit van de bestempeling als een zwart/wit criterium voor de vaststelling van een contractuele geheimhoudingsplicht.

**Voorbeeld:** “For the purpose of this Agreement “Confidential Information” means all proprietary information which [...] (i) is disclosed by one Party or its affiliates to the other Party or its affiliates, indicating its confidential or proprietary nature or is obviously confidential or proprietary by its nature [...]”<sup>930</sup>.

---

<sup>929</sup> Cass. 27 november 2006, *NjW* 2008, 28, noot I. BOONE.

<sup>930</sup> <http://www.jscommunication.us/nda.doc>.

“Despite any other provision in this Article, the failure by the Company to identify information as Confidential Information is not an acknowledgement or admission by the Company that the information is not confidential or a waiver by the Company of any of its rights with respect to the information”<sup>931</sup>.

Deze terugvalspositie heeft tot gevolg dat het vertrouwelijke karakter ook kan worden afgeleid uit andere criteria, zodat de voorziene formaliteiten geen bestaansvoorwaarden zijn voor de geheimhoudingsplicht.

De volgende clausule werkt met een cascade waarbij de informatie in beginsel uitdrukkelijk als vertrouwelijk moet worden bestempeld op het moment van de communicatie. Indien dit niet gebeurt, is zij niettemin vertrouwelijk indien zij werd meegedeeld in omstandigheden die vertrouwelijkheid impliceren of indien het gaat om informatie waarvan men redelijkerwijze kan aannemen dat ze vertrouwelijk is. Dit laatste is een mildere variant van de “obviously confidential” formulering. De vereiste dat de informatie kennelijk vertrouwelijk moet zijn impliceert namelijk dat het vertrouwelijke karakter manifest is en dat dit slechts het voorwerp mag uitmaken van een marginale toetsing.

**Voorbeeld:** “‘Confidential Information’ means any business, marketing, technical, scientific or other information disclosed by either party (including its Affiliates) which, at the time of disclosure is designated as confidential (or like designation), is disclosed in circumstances of confidence, or would be understood by the parties (or its Affiliates), exercising reasonable business judgment, to be confidential”<sup>932</sup>.

Naargelang de afspraken tussen de partijen kan een tijdvak ontstaan waarbinnen de informatie reeds werd meegedeeld terwijl het geheime karakter ervan nog niet is bevestigd. De verplichtingen van de informatieverkrijger in dit tijdvak kunnen op verschillende wijzen worden geregeld. De overeenkomst kan een termijn stipuleren waarbinnen het gebrek aan mededeling van de wil tot geheimhouding ten tijde van de informatieverstrekking mag worden rechtgezet. In de onderstaande clausule wordt de informatieverkrijger in de tussentijd niet verplicht tot geheimhouding. Het is echter eerder aan te raden om te stipuleren dat de geheimhoudingsplicht steeds geldt voor informatie die duidelijk vertrouwelijk is.

**Voorbeeld:** “[...] In the event that any such information is not marked as required herein and such failure to mark is discovered within a reasonable time and before use by the receiving Party which would be inconsistent with the provisions of this Agreement, the furnishing Party may notify the receiving Party of the material to be so marked and it shall be subject to the provisions of this Agreement”<sup>933</sup>.

De bevestigingsmogelijkheid kan tevens restrictief worden geconcipieerd. Zo kan de informatieverstrekker verplicht zijn om de vertrouwelijkheid van mondelinge

---

<sup>931</sup> M. WORONOFF, (393) 407.

<sup>932</sup> <http://www.toolsforbusiness.info/success/includes/pdf/nondisclosureagreement.doc>.

<sup>933</sup> M. FONTAINE en F. DE LY, 274.



informatieverstrekkings reeds duidelijk te maken van zodra zij plaatsvinden. Vervolgens kan een tijdvak worden gestipuleerd waarbinnen het vertrouwelijke karakter van deze communicatie schriftelijk *moet* worden bevestigd. Dit tijdvak is niet bestemd voor de rechtzetting van vergissingen en verzwaart bijgevolg de verplichtingen van de informatieverstrekker.

**Voorbeeld:** “Information that either party considers to be Confidential Information will be clearly identified as confidential or proprietary when disclosed and when in written form will be appropriately marked. The disclosing party will identify oral disclosures as confidential, proprietary or non-public information at the time of disclosure, followed by written confirmation to the non-disclosing party within 30 days of disclosure”<sup>934</sup>.

De informatieverstrekker kan er zich ten slotte toe verbinden om het vertrouwelijke karakter van de informatieverstrekking *vooraf* mee te delen<sup>935</sup>. De potentiële informatieverkrijger beschikt dan over de mogelijkheid om de informatieoverdracht te weigeren.

#### 2.1.4 Locatie van de informatieoverdracht

**268.** Het voorwerp van de geheimhoudingsplicht kan beperkt blijven tot informatie die ter beschikking wordt gesteld op een bepaalde locatie (het kan daarbij gaan om een fysieke of een elektronische locatie). Dit is het geval voor overeenkomsten over *data rooms* of naar aanleiding van bedrijfsbezoeken. Dergelijke geheimhoudingsovereenkomsten scheppen een eenzijdige informatiestroom en vereisen nadere afspraken over de modaliteiten van de toegang, zoals het recht om informatiedragers op te stellen of mee te nemen uit de locatie<sup>936</sup>. Het voorwerp van deze geheimhoudingsplicht strekt zich uit tot de inhoud van de dataroom. Zij kan onder meer informatie bevatten die niet onmisbaar is voor de doelstelling van de beoogde contractuele operatie, maar waarvoor de informatieverstrekker niettemin een belang heeft bij de geheimhouding ervan. De precieze inhoud van de kamer dient dan ook contractueel te worden vastgelegd. Het is aan te raden om naast het criterium van de locatie nog een ander criterium te bedingen dat informatieverstrekkings buiten de locatie dekt. De partijen kunnen er zich namelijk aan verwachten dat dergelijke informatieverstrekkings plaats zullen vinden aangezien het opzetten van een dataroom steeds kadert in een bredere operatie (bv. een overname of *joint venture*).

**Voorbeeld:** “The information provided in this online data room is strictly confidential and only intended for the use of persons and companies provided with authorised access by Bensh Advisors. It may not be copied and passed to others”<sup>937</sup>.

#### 2.1.5 Afgeleide informatie(dragers)

<sup>934</sup> <http://www.pitt.edu/~offres/forms/UofPghMutualResearchConfidentialityAgreement.doc>.

<sup>935</sup> *Ibid.*, 275-276.

<sup>936</sup> Zie over datarooms F. ROELS, 2006, 69-73; B. DE VUYST, “Dommages pour manque d’information ou pour information erronée, ‘due diligence’ et ‘data rooms’: la maîtrise des risques”, *DAOR* 2000, 80-82.

<sup>937</sup> <http://bensh.co.uk>.

**269. Afgeleide informatie(dragers).** Geheimhoudingsovereenkomsten of -clausules kunnen betrekking hebben op afgeleide informatie. Dit is informatie die eigenhandig wordt ontwikkeld door de informatieontvanger op basis van de hem ter beschikking gestelde gegevens. Dit regime wordt onder meer aangewend bij de mededeling van informatie voor evaluatiedoeleinden<sup>938</sup>, bijvoorbeeld voor het testen van een geheim procedé of de evaluatie van een bedrijfsovername.

Een regeling van afgeleide informatie kan ook betrekking hebben op het lot van eigen ideeën die de informatieverkrijger ontwikkelt op basis van de meegedeelde informatie of van verbeteringen die hij op deze informatie heeft aangebracht. Deze zogenaamde *feedback* regeling kan in het voordeel van de geheimplichtige of van de meester van het geheim zijn. In het eerste geval stipuleren de partijen dat dergelijke afgeleide informatie niet onderworpen is aan de geheimhoudingsplicht of dat de geheimplichtige geen vergoeding verschuldigd is voor deze informatie. In het tweede geval bedingt de meester van het geheim een regime waarbij de geheimplichtige geen enkele aanspraak (bv. op geheimhouding of vergoeding) kan laten gelden op *feedback* die hij verstrekt aan de meester van het geheim<sup>939</sup>.

**270. Afgeleide informatie(drager) die de vertrouwelijke informatie weergeeft of vatbaar is voor *reverse engineering*.** De verbijzondering dat de geheimhoudingsplicht ook geldt voor afgeleide ‘producten’ vermijdt verwarring, maar is in deze hypothese niet onmisbaar voor de effectiviteit van de bescherming. De geheimhoudingsplicht blijft immers niet beperkt tot het oorspronkelijke *medium* of de oorspronkelijke vormgeving van de informatie, maar viseert de inhoud ervan. Een herformulering van de informatie of de vastlegging ervan op een andere informatiedrager neutraliseert de geheimhoudingsplicht bijgevolg niet. Zij kleeft aan de informatie als dusdanig en is van toepassing indien de afgeleide informatie toelaat om de oorspronkelijke informatie geheel of gedeeltelijk opnieuw samen te stellen.

**271. Afgeleide informatie die de vertrouwelijke informatie niet als dusdanig weergeeft.** Een regeling voor de geheimhouding van afgeleide informatie is wel nuttig indien de afgeleide ‘producten’ beperkt blijven tot een abstracte analyse (bv. over de economische waarde of de bereikte resultaten van een geheim procedé) zonder concrete weergave van de vertrouwelijke informatie. Hier is het noodzakelijk om te verbijzonderen dat ook de afgeleide informatie onderworpen is aan de geheimhoudingsplicht en dus niet zomaar mag worden verspreid of gebruikt.

**Voorbeeld:** “Potential Buyer agrees to treat confidentially the information, whether the information is furnished before or after the date of this letter, together with analysis, compilations, studies or other documents or records prepared by Potential Buyer and its directors, officers, employees, advisors or representatives and financing sources (collectively ‘Representatives’), to the extent that such analysis,

---

<sup>938</sup> Cf. de clause aangehaald door M. FONTAINE en F. DE LY, 270: “All Results will be considered as Confidential Information”.

<sup>939</sup> J. RAMSAY, “Dreadful Drafting: The Do’s And Don’ts Of Non-Disclosure Agreements”, *Les Nouvelles* 2007, (387) 394-395.

compilations, studies, documents or records contain or otherwise reflect or are generated from such information (collectively, the 'Material').”<sup>940</sup>

**272. Secundaire informatieverstrekkings.** De verplichting om de herkomst van de informatie geheim te houden is tevens nuttig ten aanzien van informatie waarvoor de rechtstreekse informatieverstrekker zelf niet de meester van het geheim is (hij is slechts de primaire informatieontvanger). Het gaat hierbij per hypothese om informatie die hij zelf mag doorgeven aan een secundaire informatieontvanger mits in acht name van een aantal formaliteiten of de oplegging van een aantal verplichtingen. De geheimhoudingsovereenkomst kan daarbij stipuleren dat de geheimhoudingsplicht zich uitstrekt tot alle informatie waarvoor de rechtstreekse informatieverstrekker zelf verplicht is tot geheimhouding. Deze informatie kan worden onderworpen aan dezelfde voorschriften als deze die gelden in de relatie tussen de meester van het geheim en de primaire informatieontvanger, terwijl de geheimhoudingsplicht die geldt voor eventuele andere informatieverstrekkings vrij te bepalen is tussen de primaire en secundaire informatieontvanger.

#### 2.1.6 Afbakening van het voorwerp in de tijd

**273. Relevantie van het aflopende of voortdurende karakter van de geheimhoudingsplicht.** Een verbintenis om informatie mee te delen kan aflopend of voortdurend zijn. Een mededelingsplicht is aflopend indien de partijen slechts één informatieverstrekkings op het oog hebben. Een aflopende verplichting tot informatieverstrekkings impliceert dat de informatieverstrekker uitsluitend informatie hoeft mee te delen die reeds in zijn bezit was vóór het tijdstip van de informatieverstrekkings. Informatie die daarbovenop wordt meegedeeld, is bijgevolg niet gedekt door de contractuele geheimhoudingsplicht. Een voortdurende mededelingsplicht heeft daarentegen tot gevolg dat de meester van het geheim op meerdere vaste tijdstippen of gedurende een bepaalde periode informatie moet meedelen. De informatieverstrekker *kan* dan eveneens gehouden zijn tot het meedelen van informatie die in zijn bezit komt in de periode dat het *disclosure window* (*infra* randnr. 380) actief is. Dit is het geval indien de partijen een langdurige samenwerking op het oog hebben zoals een *joint venture* of een licentieovereenkomst.

Hieruit blijkt dat het tijdstip waarop de meester van het geheim de informatie verkrijgt of ontwikkelt relevant kan zijn voor de bepaling van het lijdend voorwerp van de geheimhoudingsplicht. De partijen kunnen dit tijdstip betrekken bij het voorwerp via de introductie van een *cut off* datum.

**274. Bijkomende aflijning van het voorwerp van de geheimhoudingsplicht door de introductie van een *cut off* datum.** De overeenkomst kan naast de inhoudelijke criteria waaraan de informatie moet voldoen opdat zij gedekt wordt door de geheimhoudingsplicht ook voorzien in een *cut off* datum voor het tijdstip waarop de informatieverstrekker kennis moet hebben gehad van de informatie. Dit verhindert de

---

<sup>940</sup> [http://www.abbunitedstates.com/ABBCConfidentiality\\_agreement.doc](http://www.abbunitedstates.com/ABBCConfidentiality_agreement.doc).

totstandkoming van geheimhoudingsplichten ten aanzien van informatie die de informatieverstrekker pas zelf ter beschikking krijgt na de *cut off* datum (bv. de datum van de contractsluiting), maar vóór de uitdoving van het *disclosure window*.

Dit wordt geïllustreerd door de Texaanse zaak *Richter & RMS v. Wagner Oil Company*. Richter benaderde in februari 1998 de oliemaatschappij Duer Wagner & Co. met ideeën voor een aardgasproject in het Jourdanton field in het zuiden van Texas. De betrokkenen sluiten in maart 1998 een geheimhoudingsovereenkomst. De gesprekken duren voort tot november 1998. Richter is rond die periode ook betrokken bij een poging om Exxons reserves in het Jourdanton field over te kopen via een gezamenlijk bod met RMS. Hij licht de (ondertussen van naam veranderde) Wagner Oil Company (WOC) in over het feit dat hij en een zakenpartner betrokken zijn in de overnameprocedure en dat hij reeds van Exxon vernam dat hun bod het vermoedelijk zal halen. Enige tijd later blijkt dat de reserves worden toegewezen aan de WOC zelf. Richter stelt hierop een vordering in die onder meer aanvoert dat zijn informatieverstrekking aan de WOC onder het toepassingsgebied valt van de geheimhoudingsovereenkomst. Het gebruik van de informatie zou neerkomen op een wanprestatie ten aanzien van de geheimhoudingsplicht. Deze eis steunt op de premisse dat de overeenkomst een *tijdvak* voor de informatieverstrekking voorzag waarbij Richter ook informatie die hij pas verkreeg na de contractsluiting kon meedelen in het raam van de geheimhoudingsovereenkomst. De rechtbank stelt echter vast dat het voorwerp van de geheimhoudingsplicht in de tijd werd beperkt door een *cut off* datum. Dit tijdstip was te situeren op het moment van de contractsluiting (d.i. de *execution date* van de overeenkomst in de Anglo-Amerikaanse rechtsterminologie): “since the confidentiality agreement only contemplated information and ideas possessed by Richter when the agreement was executed, the information regarding RMS’s bid on the Exxon reserves was not covered by the agreement. [...] Richter was not “in possession” of that information when the confidentiality agreement was executed; therefore, the agreement did not preclude the Wagner Defendants from using the information regarding RMS’s bid status. Accordingly, any use of that information could not have resulted in a breach of the agreement”<sup>941</sup>. Alléén de informatie waarover de informatieverstrekker Richter reeds beschikte op het moment van de contractsluiting (en die betrekking had op het beoogde project in het Jourdanton field) was daarom gedekt door de geheimhoudingsplicht. Informatie die hij nadien in zijn bezit kreeg en meedeelde, viel onverbiddeijk buiten het toepassingsgebied van de geheimhoudingsovereenkomst. Deze interpretatie is gebaseerd op de preambule van de geheimhoudingsovereenkomst (*cf.* voetnoot 2 van het arrest): “The recitals of the agreement note that Richter was then in possession of information, and the agreement stated that Richter ‘is disclosing’ the information to Wagner pursuant to the agreement. The contemplated information must have existed on the date of the agreement in order to be disclosed pursuant to its terms”.

Deze bijkomende aflijning voorkomt dat de informatieverstrekker tot meer gehouden zou zijn dan het voorziene voorwerp ten tijde van de contractsluiting (of een andere uiterste datum). Het voordeel hiervan is dat de informatieverstrekker de waarde van zijn prestatie nauwkeuriger kan inschatten. De verkrijging van nieuwe informatie kan zijn prestatie immers niet waardevoller maken voor zijn medecontractant. Dit vermijdt betwisting over het meesterschap van vertrouwelijke informatie die voortvloeit uit de kruisbestuiving van ideeën die kan plaatsvinden tijdens onderhandelingen. Deze ingreep sluit echter niet elk gevaar van betwisting uit. De discussie verschuift slechts

---

<sup>941</sup> Court of Appeals San Antonio (Texas) 9 oktober 2002, *Karl P. Richter & RMS Monte Christo, LLC v. Wagner Oil Company et al.*, 90 SW3d 890.

van de vraag naar het meesterschap over het geheim naar het tijdstip waarop het geheim is ontstaan. Een *cut off* datum ondermijnt bovendien de dynamiek van de onderhandelingen. De onderhandelaars dienen de gesprekken namelijk steeds te onderbreken en *ad hoc* een geheimhoudingsovereenkomst te sluiten voor de uitwisseling van later ontstane informatie of van informatie waarvan de ontstaansdatum onduidelijk is.

## 2.2 Bepaling van het voorwerp zonder of in combinatie met objectieve elementen

**275. Partijbeslissing of derdenbeslissing als mechanisme voor de opheffing van de onzekerheid?** De partijbeslissing is een eenzijdige, mededelingsplichtige rechtshandeling waarmee de beslissingnemer de rechten en plichten van zichzelf en één of meerdere andere partijen in de contractuele relatie bepaalt. Ook de derdenbeslissing<sup>942</sup> is een eenzijdige, mededelingsplichtige rechtshandeling. Een praktisch onderscheid is wel dat zij moet worden meegedeeld aan meerdere contractspartijen. De bevoegdheid tot het nemen van dergelijke beslissingen kan voortvloeien uit de wet, het gebruik of de overeenkomst als dusdanig.

**276. Bestaan van de beslissingsbevoegdheid.** De bevoegdheid om de beslissing te nemen kan expliciet of impliciet worden bedongen. De rechter moet er niet automatisch van uitgaan dat de partijen impliciet hebben ingestemd met een mogelijkheid tot partijbeslissing van zodra wordt vastgesteld dat de overeenkomst geen rechtstreeks bepaald voorwerp bevat. De mogelijkheid om het voorwerp in te vullen op basis van een partij- of derdenbeslissing is namelijk géén algemeen rechtsbeginsel<sup>943</sup>.

Bij geheimhoudingsovereenkomsten kan men er wel van uitgaan dat de afwezigheid van een definitie zich niet noodzakelijk vertaalt in een gebrek aan bepaald voorwerp. De partijen zullen wel degelijk gewent hebben om concrete informatie geheim te houden. Zij zullen de precieze omschrijving daarvan echter niet substantieel gevonden hebben voor de contractsluiting. De meester van het geheim beschikt dan over een beslissingsmarge om zelf te bepalen welke informatie al dan niet onder de geheimhoudingsplicht valt. Deze beslissingsbevoegdheid wordt beperkt door het verbod op rechtsmisbruik en moet worden uitgeoefend binnen de grenzen van de basisverhouding die tot de informatieverstreking leidt. Bovendien mag de beslissingsbevoegdheid hoe dan ook niet leiden tot beslissingen die niet worden geschraagd door een legitiem belang van de meester van het geheim en evenmin tot onredelijke beperkingen op de vrijheid van de geïmpliciteerde (bv. omdat de beslissing betrekking zou hebben op informatie die manifest niet geheim is).

Het bestaan van de (impliciete) beslissingsbevoegdheid veronderstelt de afwezigheid van een rechtstreekse partijwil over een definitie van de vertrouwelijke informatie. Ook deze partijwil kan nog steeds impliciet uit de overeenkomst voortvloeien. De informatieverstrekker moet bij een licentieovereenkomst bijvoorbeeld alle informatie

<sup>942</sup> Zie over deze rechtsfiguur o.m. O. CAPRASSE, “De la tierce décision obligatoire”, *JT* 1999, 565-576.

<sup>943</sup> Cass. 9 november 2006, *Pas.* 2006, 2302.

meedelen die de licentienemer in staat stelt om de overeengekomen doelstelling van de licentie te bereiken. De informatieverstrekker heeft in deze hypothese geen echte beslissingsmarge om te bepalen welke informatie moet worden meegedeeld. Hij heeft zich verbonden tot een welbepaald resultaat. De vraag is slechts of de informatie in kwestie al dan niet noodzakelijk is voor de realisatie van de licentie. De precieze inhoud van de informatieoverdracht wordt daarbij bepaald door de vereisten van de goede trouw. Behoudens andersluidende afspraken zal de informatieverstrekker zich bijvoorbeeld enerzijds niet kunnen beperken tot de mededeling van het *minimum minimoris* om de licentie te implementeren. Hij zal ook informatie moeten meedelen die de licentienemer redelijkerwijze toelaat om zijn licentie te optimaliseren. Anderzijds kan de informatieverkrijger niet per definitie eisen dat de informatieverstrekker naar de toekomst toe inspanningen blijft leveren om de licentie verder te optimaliseren, laat staan om een licentie voor verouderde informatie te vervangen door een licentie voor een nieuwe techniek.

**277. Geldigheid van de toegekende beslissingsbevoegdheid.** De vraag is of en, zo ja, in welke mate partijen mogen stipuleren dat de bepaling (of verdere bepaling) van het voorwerp wordt uitgesteld tot na de contractsluiting en wordt overgelaten aan één van de partijen. Dit mechanisme staat op gespannen voet met de bepaaldheidsvereiste van het voorwerp. Deze vereiste heeft twee doelstellingen. *Ten eerste* moet de inhoud van de overeenkomst zeker zijn<sup>944</sup>. Partijen en derden moeten voldoende duidelijke aanknopingspunten ter beschikking krijgen om de inhoud van contractuele rechten of plichten te toetsen bij betwisting. Een gebrek aan “voldoende” afspraken over de contractuele inhoud wijst op een gebrek aan wilsovereenstemming en dus op de afwezigheid van enige overeenkomst. De partij- en derdenbeslissing lijkt alvast tegemoet te komen aan deze eerste vereiste: het voorwerp is bepaalbaar wanneer de overeenkomst stipuleert dat één van de partijen de contractuele inhoud nader mag vaststellen<sup>945</sup>. Het volstaat immers om de beslissing van de bevoegde partij te consulteren. Deze beslissingsvrijheid is niet onbeperkt omdat zij wordt begrensd door de vereisten van de goede trouw<sup>946</sup> en het verbod op rechtsmisbruik. De bepaalbaarheidsvereiste is wel niet meer voldaan indien de bevoegde persoon om een of andere reden niet in staat is om een beslissing te nemen.

<sup>944</sup> Cf. art. 2:103 PECL (er is voldoende wilsovereenstemming indien de inhoud van de overeenkomst voldoende is uitgewerkt door de partijen op een manier die toelaat om de overeenkomst toe te passen of indien deze kan worden bepaald op basis van de PECL); Frankrijk: Th. REVET, “La détermination unilatérale de l’objet dans le contrat”, 31.

<sup>945</sup> Cf. M.E. STORME, “De bepaling van het voorwerp van een verbintenis bij partijbeslissing”, nr. 4; E. DIRIX en A. VAN OEVELEN, *RW* 1992-93, 1219, nr. 24; R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, *TPR* 1994, (171) 365, nr. 136; P. VAN OMMESLAGHE, *RCJB* 1986, (32) 87, nr. 30.

<sup>946</sup> O.m. P.A. FORIERS, “L’objet et la cause du contrat” in *Les obligations contractuelles*, Brussel, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1984, (101) 137. In de *common law* kan de uitoefening van een op het eerste zicht absolute *contractual discretion* toch beperkt blijken door de aanwezigheid van een *implied term* die een redelijkheidstoets introduceert (J. CHITTY, *Chitty on contracts*, 2008, I, 902, 13-026; zie voor de Verenigde Staten: G. KLASS, “Introduction to the Law of Contracts” in *International Encyclopaedia of Laws – Contracts – National Monographs: USA*, Kluwer Law International, Suppl. 60 (October 2009), (27) 42-43, nr. 44).

Deze stelling wordt bekritiseerd door Cornelis<sup>947</sup>. Deze auteur stelt dat een dergelijke afspraak slechts een derde of partij aanduidt en dat deze aanduiding als dusdanig vreemd is aan het voorwerp van de beoogde verbintenis. Het gevolg hiervan is volgens deze auteur dat de partijen toch niet bepaald hebben op basis van welke (objectieve) criteria het voorwerp moet worden bepaald. De beoogde verbintenissen zijn in deze visie bijgevolg noch bepaald, noch bepaalbaar bij gebrek aan voldoende objectieve criteria die rechtstreeks betrekking hebben op het voorwerp zelf.

De vraag *of* partijen een bevoegdheid tot partij- of derdenbeslissing kunnen stipuleren is niet controversieel. Zowel rechtspraak als rechtsleer aanvaardt de geldigheid van deze rechtsfiguren<sup>948</sup>. Deze geldigheid vloeit voort uit de contractsvrijheid van de partijen. De draagwijdte van deze beslissingsbevoegdheid is daarentegen wel betwist. Hierboven werd vastgesteld dat het voorwerp van de verbintenis *ipso facto* bepaalbaar wordt door de toekenning van de beslissingsbevoegdheid. Een deel van de rechtspraak en rechtsleer stelt echter hogere eisen aan deze toekenning opdat de beslissing zou resulteren in een bepaald voorwerp. Deze strekking vereist niet alleen dat het voorwerp minstens op onrechtstreekse wijze bepaalbaar is, maar stelt dat de partijen daarbovenop rechtstreeks objectieve criteria *moeten* bedingen op basis waarvan de verdere invulling van de overeenkomst moet gebeuren<sup>949</sup>. Deze analyse kan niet onverkort worden bijgetreden. De stelling dat partijen niet volledig in het ijl een beslissingsbevoegdheid kunnen bedingen is correct, maar dan omdat zij steeds specifieke motieven moeten hebben voor het aangaan van een overeenkomst. De geldigheid van de overeenkomst vereist dat de aangegane verbintenissen worden geschaagd door een oorzaak, d.w.z. door één of meerdere contractuele doelstellingen. De beslissingsbevoegdheid mag niet zover gaan dat een partij (of derde) de contractuele gebondenheid van diens medecontractant (resp. de contractspartijen) kan invullen met volledige miskennen van de beweegredenen waarvoor de laatste partij de overeenkomst is aangegaan. Zij mag deze doelstellingen niet uithollen. Deze *oorzaakvereiste* vereist als dusdanig echter niet dat partijen steeds vooraf objectieve criteria moeten stipuleren voor de concrete invulling van het *voorwerp* van hun verbintenissen. De toetsing van de contractuele beweegredenen laat namelijk toe om na te gaan of de bevoegde persoon een manifest onredelijke beslissing neemt. De toetsing van het al dan niet redelijke karakter van de beslissing gebeurt per definitie op basis van objectieve ijkpunten, meer bepaald op basis van wat de maatschappij in de relevante context beschouwt als een betamelijke rechtsuitoefening. Het voorzien van objectieve elementen is daardoor slechts noodzakelijk voor de geldigheid van het voorwerp indien de rechter vaststelt dat een dergelijke uitwerking van het contractuele aspect in kwestie een *essentieel* of *substantieel* element was voor de contractsluiting.

---

<sup>947</sup> Zie naast de publicatie “Het mijnenveld rond de bindende derden- of partijbeslissing” *TPR* 2004, 69-87 ook L. CORNELIS en I. CLAEYS, “De tegenstelbaarheid van algemene bankvoorwaarden en hun eenzijdige wijziging” in M. TISON en J.-P. BUYLE (eds.), *Algemene bankvoorwaarden*, Brussel, Bruylant, 2005, (74) 127-130.

<sup>948</sup> Zie o.m. P. WERY, *Droit des obligations*, I, *Théorie générale du contrat*, 2010, 257.

<sup>949</sup> Cf. Cass. 21 september 1987, *Arr. Cass.* 1987-88, 84; Gent 13 oktober 2008, *TRV* 2009, 287, noot; Rb. Hasselt 18 februari 2002, *RW* 2003-04, 873; L. CORNELIS, “Het mijnenveld rond de bindende derden- of partijbeslissing”, (69) nr. 9 *et seq.*

Ook in het Duitse recht moet een verbintenis een bepaald of bepaalbaar voorwerp hebben. Het Duitse BGB bevestigt daarbij uitdrukkelijk de geldigheid van de partij- of derdenbeslissing voor de bepaling van het voorwerp (artt. 315-319 BGB)<sup>950</sup>. De toekenning van een bevoegdheid tot partijbeslissing kan uitdrukkelijk of stilzwijgend gebeuren. Zij moet in geval van twijfel *nach billigem Ermessen* gebeuren. Dit betekent dat de beslissing een redelijke middenweg moet bewandelen tussen de belangen van de betrokken contractanten. Het billijke karakter van de beslissing is te beoordelen op het tijdstip waarop de beslissing wordt genomen. Een onbillijke beslissing kan worden vervangen door de rechter. De rechter mag zichzelf tevens in de plaats stellen van de beslissingnemer indien deze laatste treuzelt bij het nemen van zijn beslissing. De partijen kunnen tevens overeenkomen dat de beslissing *nach freiem Ermessen* mag worden genomen. Deze beslissingsbevoegdheid is ruimer. Zij wordt slechts begrensd door de artt. 138 (*Sittenwidriges Rechtsgeschäft*) en 242 (*Treu und Glauben*) BGB. De afspraak om een partijbeslissing volstrekt vrij te mogen nemen (*nach freiem belieben*) krijgt geen uitwerking<sup>951</sup>. Indien wordt geopteerd voor een derdenbeslissing, moet de identiteit van de derde op zijn beurt bepaald of bepaalbaar zijn. De derde moet de beslissing bij twijfel ook hier nemen *nach billigem Ermessen*. Deze beslissing is niet bindend indien zij *manifest* onredelijk is (in tegenstelling tot de partijbeslissing, waarbij een gewone onredelijkheid reeds volstaat<sup>952</sup>). De rechter mag een beslissing in de plaats stellen in deze hypothese. Hij mag dat ook doen wanneer de derde de beslissing niet kan nemen, wil nemen of indien hij talmt bij het nemen van de beslissing. De overeenkomst krijgt geen uitwerking wanneer een derde die *nach freiem belieben* mag kiezen geen beslissing kan nemen, wil nemen of indien hij treuzelt met zijn beslissing<sup>953</sup>. Een derde die een dergelijke ruime beslissingsmarge krijgt, is niet onderworpen aan een billijkheidscontrole (cf. art. 319, (2) BGB)<sup>954</sup>.

*Ten tweede* beschermt deze vereiste de partij die zich onderwerpt aan de beslissingsbevoegdheid tegen al te arbitraire beslissingen van de beslissingnemende partij of derde<sup>955</sup>. Het gebrek aan voldoende afspraken over de contractuele inhoud maakt het moeilijker voor de onderworpenen om te voorspellen tot wat hij gehouden zal zijn. Dit biedt de beslissingnemer een ruime marge om de contractuele gebondenheid van zichzelf en/of zijn medecontractant naar goeddunken in te vullen. Deze keuzevrijheid kan het contractsevenwicht ernstig verstoren. Een kennelijk onredelijke beslissing is echter vatbaar voor rechterlijke matiging naar maatschappelijk aanvaarde proporties. Onevenwichten brengen de geldigheid van de abstracte bevoegdheid tot het nemen van een partij- of derdenbeslissing daardoor niet in het gedrang (ervan uitgaande dat deze bevoegdheid in het concrete geval verenigbaar is met de artikelen 6 en 1133 BW).

<sup>950</sup> H. PRUTTING, G. WEGEN en G. WEINREICH, *BGB Kommentar*, 2008, 582-587; O. PALANDT, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, München, Beck, 2009, 518-523.

<sup>951</sup> H. PRUTTING, G. WEGEN en G. WEINREICH, *BGB Kommentar*, 2008, 584 (m.b.t. de partijbeslissing in § 315 BGB).

<sup>952</sup> O. PALANDT, 523.

<sup>953</sup> H. PRUTTING, G. WEGEN en G. WEINREICH, *BGB Kommentar*, 2008, 587.

<sup>954</sup> O. PALANDT, 523-524.

<sup>955</sup> België: C. RENARD, E. VIEUJEAN en Y. HANNEQUART, *Les nouvelles, Théorie générale des obligations*, IV, 239, nr. 1017; Frankrijk: J. MESTRE, "Article 1129 et détermination de la chose" (noot onder Cass. 1re civ. (fr.) 23 mei 1995), *RTD Civ.* 1995, 620; Th. REVET, "La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat", (31) 33. Vgl. L. CORNELIS, "Het mijnenveld rond de bindende derden- of partijbeslissing", (69) nr. 2 (deze auteur stelt dat de reglementering van het voorwerp voornamelijk mogelijk moet maken om maatschappelijke controle uit te oefenen op het contractuele gedrag van rechtssubjecten).



De bepaalbaarheidsvereiste van het voorwerp stelt bijgevolg geen fundamentele grenzen aan de geldigheid van de partij- of derdenbeslissing tot vaststelling van de contractuele inhoud. Deze mechanismen maken het voorwerp bepaalbaar. Bovendien blijven de gevolgen van manifest onredelijke beslissingen remedieerbaar.

De wetgever begrenst de bevoegdheid om de contractuele inhoud eenzijdig vast te stellen in de vorm van het verbod op de potestatieve voorwaarde (art. 1174 BW). Een verbintenis waarvan de *schuldenaar* zich eenzijdig kan ontdoen, wordt aangemerkt als nietig. Dit lijkt op het eerste gezicht het geval te zijn wanneer de overeenkomst een al te vage bevoegdheid tot partijbeslissing toekent aan de schuldenaar: kan deze zich immers niet eenzijdig van zijn verbintenissen ontdoen door zijn eigen prestatie manifest te laag (of die van de medecontractant manifest te hoog) te bepalen? De beslissingsbevoegdheid moet echter steeds te goeder trouw worden uitgeoefend. Eventuele onevenwichten die voortvloeien uit de beslissing zijn vatbaar voor remediëring op basis van de leer van het rechtsmisbruik<sup>956</sup>. De toegekende bevoegdheid tot partijbeslissing blijft daardoor onvermijdelijk begrensd tot de maatschappelijk aanvaarde drempels, zodat er geen volstrekt potestatieve bevoegdheid is om te beslissen over het bestaan van de overeenkomst.

**278. Totstandkoming van de beslissing.** De totstandkoming van de partij- of derdenbeslissing is *mutatis mutandis* onderworpen aan dezelfde vereisten als voor de verbintenissen. De persoon die de beslissing neemt moet de vereiste bekwaamheid bezitten. Hij moet de intentie hebben om rechtsgevolgen teweegbrengen en moet deze intentie veruitwendigen. Dit kan bij geheimhoudingsovereenkomsten bijvoorbeeld gebeuren op basis van het plaatsen van een stempel. Bij twijfel over de inhoud ervan moet de rechter een beroep doen op de interpretatieregels van het Burgerlijk wetboek (artt. 1156-1164 BW).

**279. Gevolgen van de beslissing.** De inwerkingtreding van de beslissing vereist, als eenzijdige rechtshandeling, geen wil tot aanvaarding in hoofde van de bestemming(en). De beslissing kan wel, als mededelingsplichtige rechtshandeling, pas gevolg hebben wanneer zij wordt meegedeeld aan de partijen wiens rechtspositie zij beïnvloedt. De partij- of derdenbeslissing bindt de onderworpenen alsof zij rechtstreeks hebben ingestemd met de inhoud van de beslissing. Zij bindt de partijen dus als wet in de zin van artikel 1134 BW. Het gevolg hiervan is dat de beslissing ook onherroepelijk is voor de beslissingnemer (*cf. infra* randnr. 506).

### 2.3 Uitzonderingen

**280.** De partijen kunnen uitdrukkelijk bepalen welke informatie buiten het voorwerp van de geheimhoudingsplicht valt door uitzonderingen te stipuleren. Er zijn vier categorieën van uitzonderingen: de voorafgaande kennis, publieke kennis,

---

<sup>956</sup> België: K. VANDERSCHOT, “De sanctionering van abusieve partijbeslissingen genomen bij contractuele wanprestatie: de verschillende gedaantes van de matigende werking van de goede trouw”, (87) 91-95; Th. REVET, “La détermination unilatérale de l’objet dans le contrat”, (31) 43.

onafhankelijke kennis (kennis via eigen ontwikkeling of via een derde informatieverstrekker) en de toegestane verspreiding (op basis van een wettelijke bekendmakingsplicht of de toestemming van de meester van het geheim)<sup>957</sup>.

De partijen moeten rekening houden met de geldigheidsvereisten van het gemeene contractenrecht bij de invulling van deze uitzonderingen (art. 1108 BW). De onderlinge verbintenissen moeten een geldige oorzaak en een geldig voorwerp hebben. Dit betekent dat de informatieverstrekker een beschermenswaardig belang moet hebben bij de geheimhouding, dat de informatieverkrijger een voordeel moet kunnen halen uit de informatieverstreking en dat de geheimhoudingsovereenkomst geen gevolgen mag teweegbrengen die strijdig zijn met de openbare orde. De geldigheid van geheimhoudingsplichten ten aanzien van informatie die reeds zonder beperkingen beschikbaar is, is in dat opzicht problematisch aangezien de meester van het geheim geen reële prestatie hoeft te leveren.

### 2.3.1 Kennis van de informatie vóór de informatieverstreking (en dus onafhankelijk daarvan)

**281.** Een eerste uitzondering sluit informatie uit waarover de informatieverkrijger reeds vóór de communicatie door de medecontractant beschikt zonder enige beperking inzake verspreiding of gebruik. Deze kennis is gelet op dit tijdstip per definitie onafhankelijk verkregen van de informatieverstrekker.

**Voorbeeld:** “Confidential Information shall not include: [...] information or material which the Receiving Party can show was in its possession, or the possession of one or more of its affiliated companies or entities, at the time of disclosure and was not acquired, neither directly nor indirectly, under a confidentiality obligation”.

Deze uitzondering voorkomt dat de geheimhoudingsovereenkomst een valstrik wordt die de informatieverkrijger bindt tot geheimhouding ten aanzien van informatie waarvan hij de waarde en het nut van de verstreking niet op voorhand kon bepalen. Zij onderscheidt zich van de uitzondering voor publieke informatie omdat in deze hypothese alleen de informatieverkrijger reeds de informatie moet kennen in plaats van “het publiek”. Het nut van de uitzondering hangt af van de inhoud van de overeenkomst. Zij is steeds aanwezig indien de informatieverstrekker zich ertoe verbindt om voor de geheimplichtige nog *onbekende* informatie te leveren. Het beloofde voorwerp bestaat in deze hypothese niet. Hetzelfde geldt indien de informatieverstrekker beloofd heeft om informatie te leveren die *nuttig* is voor de geheimplichtige. De informatieverkrijger ontvangt namelijk geen bijkomend nut uit de verstreking van de specifieke informatie waarvan hij reeds op de hoogte is (althans voor zover het nut voortvloeit uit het geheime karakter). Zijn tegenprestatie (de geheimhouding) heeft geen oorzaak in deze omstandigheden. Het is mogelijk dat de informatie slechts deels al bekend was aan de geheimplichtige. In dat geval is het

---

<sup>957</sup> Zie tevens voor een analyse van deze uitzonderingen naar Belgisch recht: M. FONTAINE en F. DE LY, 276 *et seq.*; Frans recht: V. DUHAUT, 161-187; Duits recht: P. KURZ, 37-50; Anglo-Amerikaanse bronnen: F. ADORANTI, 27-31; M. WORONOFF, “Confidentiality”, (393) 409.

voorwerp slechts gedeeltelijk afwezig en blijft de geheimhoudingsplicht behouden ten aanzien van het onbekende gedeelte. Een voorbeeld hiervan is de hypothese waarin de geheimhoudingsplicht, naast de informatie als dusdanig, ook het feit omvat dat de informatieverstrekker op de hoogte is van deze informatie<sup>958</sup>. Dat de geheimplichtige reeds op de hoogte was van de informatie als dusdanig sluit immers niet uit dat het feit dat ook de informatieverstrekker over deze informatie beschikt hem mogelijk nog onbekend was. De geheimhoudingsplicht blijft dan bestaan ten aanzien van dit laatste feit.

Het bewijs van de voorafbestaande kennis is een heikel punt. Men moet dit bewijs immers leveren op een tijdstip waarop men reeds “besmet” is door de overeengekomen informatieverstrekking. De bewijsstukken zijn bovendien in beginsel eenzijdig opgesteld (weliswaar *in tempore non suspecto*) en riskeren daardoor aan overtuigingskracht in te boeten. De partijen kunnen bewijsafspraken stipuleren die de bewijslast van het voorafgaande karakter van de kennis uitdrukkelijk bij de informatieverkrijger leggen. Dergelijke afspraken zijn als dusdanig niet onmisbaar gelet op het gemeenrechtelijke uitgangspunt dat de partij die een bepaald feit aanvoert daarvan het bewijs moet leveren (art. 1315 BW en 870 Ger.W.). Zij kunnen tevens de beschikbare bewijsmiddelen beperken door te stipuleren dat de informatieverkrijger alleen gebruik mag maken van bewijsmiddelen die reeds bestonden voordat (al zullen bewijsmiddelen die dateren van na dit tijdstip hoe dan ook niet zo overtuigend zijn omdat ze wel in een verdachte periode tot stand komen) de informatie werd verstrekt (of bv. nog restrictiever: alleen schriftelijke stukken<sup>959</sup>).

**Voorbeeld:** “[...] previously known to the Promisor as shown by the Promisor’s files at the time of the Company’s disclosure thereof to the Promisor”<sup>960</sup>.

Het bewijs van de voorafgaande kennis kan onder meer worden geleverd door de consistente bestempeling van documenten met een datum (desgevallend via officiële registratie of vaststelling bij een notaris of gerechtsdeurwaarder), het voorafgaand laten inkijken van documenten door de informatieverstrekker, het in gezamenlijk overleg laten vaststellen van bepaalde kennis, het ondergaan van een doorlichting door een derde die gebonden is aan het beroepsgeheim of de indiening van een “i-depot” bij het *Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom* (BBIE)<sup>961</sup> of van een “enveloppe Soleau” bij het Franse *Institut national de la propriété industrielle* (INPI)<sup>962</sup>. Deze technieken bewijzen dat de informatie reeds bestond op een bepaalde datum, zonder als dusdanig een intellectueel recht te verlenen.

---

<sup>958</sup> Cf. Y. DARGIER DE SAINT VAULRY, 148.

<sup>959</sup> Zie echter kritisch: B. BOWDEN, “Drafting and negotiating effective confidentiality agreements (with forms)”, 41 no. 7 *Prac. Law.* 39 (“there is no conceptual justification for this restriction”). Getuigenissen van bv. werknemers zijn misschien niet al te betrouwbaar, maar eenzijdig door de informatieverkrijger opgestelde documenten zijn dat evenmin.

<sup>960</sup> [http://www.folettalaw.com/Confidentiality\\_Agreement-Poss\\_Bus\\_Trans-folettalaw.doc](http://www.folettalaw.com/Confidentiality_Agreement-Poss_Bus_Trans-folettalaw.doc)

<sup>961</sup> Het BBIE treedt hierbij op als contractspartij van de persoon die het i-depot indient en niet als overheidsorgaan. Deze bevoegdheid vloeit voort uit artikel 1.3, c van het Benelux-verdrag inzake de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen) van 25 februari 2005, *BS* 26 april 2006.

<sup>962</sup> Arrêté van 9 mei 1986, *JO* 6 juni 1986. Zie tevens V. DUHAUT, 178, nr. 150.

### 2.3.2 Onafhankelijke kennis (kennisname na de informatieverstreking, maar toch onafhankelijk daarvan)

**282.** De tweede uitzondering is informatie waarvan de informatieverkrijger onafhankelijk van de informatieverstrekker kennis neemt *na* de informatieverstreking, weze het door onafhankelijke eigen ontwikkeling of door ze te verkrijgen van derden die zelf niet onderworpen zijn aan een geheimhoudingsplicht.

Deze kennis kan enerzijds worden verkregen via eigen, interne ontwikkeling. De informatieverkrijger zal hier moeten aantonen dat deze kennis volstrekt onafhankelijk is ontwikkeld. Dit bewijs is makkelijker te leveren indien de onderneming in kwestie een systeem heeft van zogenaamde *chinese walls* die ongecontroleerde informatie-uitwisseling tussen de verschillende delen van de onderneming voorkomen. Deze uitzondering voorkomt dat de bewegingsvrijheid van bepaalde delen van de onderneming zoals de onderzoeksafdeling niet wordt beperkt door het feit dat een andere afdeling, bijvoorbeeld de productieafdeling, toegang heeft tot de vertrouwelijke informatie<sup>963</sup>.

**Voorbeeld:** “[...] is developed by the Company independently of and without reference to Confidential Information received from the University as evidenced by written records”.

“Any ‘Confidential Information’ disclosed pursuant to this Agreement shall remain the sole and exclusive property of the disclosing party, and the recipient shall have no rights or interest with respect thereto. [...] Confidential Information shall not include [...] (c) information obtained by the recipient from a third party not bound by any disclosure agreement”.

De bovenstaande clause werd op een wel zeer extensieve manier geïnterpreteerd in de zaak *Fast Capital Marketing (doing business as Merchant Credit) v. Fast Capital*<sup>964</sup>. Merchant Credit had allerlei informatie aan Fast Capital meegedeeld over de identiteit en kredietgewoontes van de handelaars die bij haar klant waren. Merchant Credit beroept zich op de zinsnede dat door haar meegedeelde vertrouwelijke informatie haar exclusieve ‘eigendom’ blijft. De rechtbank oordeelt echter dat de informatie uitgezonderd is van de geheimhoudingsplicht op basis van uitzondering (c): “Under the ISO Agreements, ‘confidential information’ is defined to exclude ‘information obtained by the recipient from a third party not bound by any non-disclosure agreement’”. Merchant Credit obtained the merchant information that it disclosed to Fast Capital from the merchants, who were not bound by a nondisclosure agreement. [...] Under the unambiguous terms of the ISO Agreements, the information Merchant Credit disclosed that it received from merchants who were not bound by a nondisclosure agreement is not ‘confidential information’”. Merchant Credit ging ervan uit dat de notie “recipient” in uitzondering (c) alleen betrekking had op Fast Capital, zijnde de *recipient* van de informatie in het raam van de contractuele relatie. De rechtbank oordeelde daarentegen dat deze notie óók betrekking had op informatie die Merchant Credit zelf had ontvangen van derden die niet tot geheimhouding

<sup>963</sup> Vgl. Ph. LE TOURNEAU, *L'ingénierie, les transferts de technologie et de maîtrise industrielle*, Parijs, Litec, 2003, nr. 151.

<sup>964</sup> US District Court Texas (Houston Division) 24 december 2008, 2008 WL 5381309.

verplicht waren. In deze interpretatie volstond het dat de *disclosing party* in de contractuele relatie zelf een *recipient* was van de informatie buiten van de contractuele relatie.

De kennisname kan tevens gebeuren door *reverse engineering*. *Reverse engineering* betekent het wedersamenstellen van geheime informatie op basis van het eindresultaat waarin de informatie werd geïncorporeerd. Dit gebeurt via eigen inspanningen. Dit is in beginsel geen onafhankelijke verkrijgingswijze van de kennis. Van onafhankelijke wedersamenstelling kan immers geen sprake zijn indien de wedersamenstellers zelf op de hoogte zijn van de informatie als dusdanig. Het kan wel gaan om een onafhankelijke wijze van verkrijging indien de wedersamenstelling gebeurt door personen die niet op de hoogte zijn van de informatie, bijvoorbeeld dankzij een *Chinese wall* of een *clean room* (*infra* randnr. 314) binnen de geheimplichtige onderneming. De overeenkomst moet het gebruik van deze technieken wel toestaan aangezien de onderneming in beginsel in haar volledige omvang verplicht is tot geheimhouding. Deze wijze van informatieverzekrijging is overigens alleen rechtmatig indien het eindresultaat van de informatie zelf op rechtmatige wijze en zonder gebruiksbeperkingen wordt verkregen, bijvoorbeeld omdat het gaat om een product dat vrij op de markt te verkrijgen is. In het raam van een geheimhoudingsovereenkomst is de wedersamenstelling alleen onafhankelijk te noemen indien het eindresultaat zonder beperkingen mag worden geanalyseerd. Ook hier zal de informatieverkrijger die zich op deze uitzondering wenst te beroepen, moeten aantonen dat hij het eindresultaat “vrij en onbelast” heeft verkregen, bijvoorbeeld omdat het vrij beschikbaar is op de markt. Hij mag in beginsel geen gebruik maken van het eindresultaat dat werd verkregen via de geheimhoudingsovereenkomst. Dit zal namelijk onderworpen zijn aan gebruiksbeperkingen en kan daardoor geen basis zijn voor een rechtmatige, onafhankelijke wedersamenstelling zolang de gebruiksbeperkingen voortduren.

De andere manier tot onafhankelijke kennisname nadat de informatie werd meegedeeld, is door ze te verkrijgen van derden die zelf niet verplicht zijn tot geheimhouding. Er kan tevens worden gestipuleerd dat de informatieverkrijging via de derde niet zelf onderworpen mag zijn aan geheimhouding (met even strenge voorwaarden als in de relatie met de oorspronkelijke informatieverstrekker). Zoniet zou een wanprestatie van de informatieverkrijger alleen tot aansprakelijkheid leiden in zijn relatie met de derde-informatieverstrekker en niet meer in zijn relatie met de oorspronkelijke informatieverstrekker. Hij zou zich immers op de uitzondering kunnen beroepen ten aanzien van deze laatste. Vaak wordt aangeraden om te stipuleren dat de derde op legitieme wijze kennis moet hebben gekregen van de informatie. De inhoud van deze toevoeging is nuttig, al kan zij in ons recht ook impliciet worden afgeleid uit de verplichting om de overeenkomst te goeder trouw uit te voeren. Dit geldt *a fortiori* voor het feit dat de geheimplichtige zelf de informatie op legitieme wijze moet verkrijgen van de derde.

**Voorbeeld:** “[...] information or material which becomes available to the Receiving Party on a nonconfidential basis from a source other than the Disclosing Party or its Representatives, which is not

known to the Receiving Party to be prohibited from disclosing such information by \_\_\_\_\_ or \_\_\_\_\_ obligation to the Disclosing Party”.

Deze uitzondering kwam aan bod in de zaak *PKM v. Coca Cola*. PKM had een label voor drankflessen ontwikkeld waarbij een gecodeerde boodschap aan de binnenkant van de fles zichtbaar werd nadat zij was leeggedronken. Coca Cola ging in het raam van de onderhandelingen over het gebruik van deze uitvinding een geheimhoudingsovereenkomst aan. Deze overeenkomst bevatte de klassieke uitzonderingen voor publiek beschikbare informatie en voor informatie die op legitieme wijze wordt verkregen door eigen ontwikkeling of door derden. Coca Cola gaat vervolgens een overeenkomst aan met een ander bedrijf voor het gebruik van een gelijkaardige uitvinding. PKM ziet hier een schending van de geheimhoudingsovereenkomst in. De rechtbank stelt echter vast dat het concurrerende bedrijf de informatie zelf had ontwikkeld -zonder gebruik van PKM's informatie- en dat het grootste deel van PKM's concept hoe dan ook al publiek beschikbaar was toen de geheimhoudingsovereenkomst werd gesloten. De vermeende inbreuk op de geheimhoudingsovereenkomst werd daardoor niet bewezen<sup>965</sup>.

Het belang van deze uitzondering wordt tevens geïllustreerd door de zaak *Nutzz.com v. Vertrue*<sup>966</sup>. Deze zaak heeft betrekking op een vordering tot *preliminary injunction* tegen het gebruik van geheime informatie. Nutzz.com en Vertrue sluiten een samenwerkingsovereenkomst voor een ledenprogramma i.v.m. motorsport genaamd “Nutzz Elite”. Deze overeenkomst bevat een geheimhoudingsbeding waarbij de partijen zich ertoe verbinden om elkaars informatie geheim te houden. Informatie die de ontvangende partij kan verkrijgen *via een andere bron dan de mededelende partij* is uitgezonderd van de geheimhoudingsplicht. De samenwerking loopt spaak omdat Nutzz deadlines en promotieverplichtingen zou miskend hebben. Vertrue beëindigt de overeenkomst en stuurt een e-mail voor een eigen ledenprogramma (“Fasttrack”) naar 1.200 leden van het Nutzz Elite programma. Vertrue verkreeg de gegevens van deze leden via de website van Nutzz. Bestaande klanten van Nutzz konden zeer eenvoudig intekenen op het Nutzz Elite programma via een webformulier op de website van Nutzz. De klantgegevens werden hierop vooraf ingevuld (“pre-populated”) op basis van de informatie die zij in het verleden al hadden verstrekt aan Nutzz. De klant diende slechts te verifiëren of de informatie nog correct was. Nutzz beroept zich op een schending van de geheimhoudingsovereenkomst. Zij beschouwt zichzelf namelijk als de *disclosing party* van de klantgegevens aangezien zij ervoor zorgde dat de gegevens vooraf werden ingevuld. De rechter wijst dit argument af omdat de beslissing tot mededeling van de informatie niet uitging van Nutzz, maar van de klant zelf. De voorgeprogrammeerde formulieren waren daarbij slechts een praktisch hulpmiddel voor de klant: “the pre-population method, therefore, appears to have been used for the convenience of the consumer, rather than as a method of disclosing Confidential Information or Basic Customer Information to Vertrue”. De rechter acht het gelet op de hierboven beschreven uitzondering dan ook redelijkerwijze mogelijk dat de bodemrechter deze klantgegevens zou uitsluiten van de geheimhoudingsplicht. De informatie werd immers verkregen via een kanaal dat niet verplicht is tot geheimhouding, zijnde de klanten zelf.

Bij de uitzonderingen van de onafhankelijke kennis rijst de vraag in wiens handen de informatie zich moet bevinden opdat zij te kwalificeren zou zijn als voorafgaande kennis, dan wel door wie de informatie mag worden ontwikkeld na de

---

<sup>965</sup> US Court of Appeals (Eleventh Circuit) 24 januari 2003, *Penalty kick management v. Coca Cola Company*, 318 F.3d 1284

<sup>966</sup> Court of Chancery of Delaware 6 juli 2005, *Nutzz.com v. Vertrue*, WL 1653974 (Del. Ch.).

informatieoverdracht en wie als derde te beschouwen is in het raam van een onafhankelijke verkrijging van de informatie. Dit is vooral problematisch bij groepen van ondernemingen aangezien bepaalde leden van de groep reeds over informatie kunnen beschikken zonder dat dit onmiddellijk duidelijk is aan de onderneming die partij is bij de geheimhoudingsovereenkomst<sup>967</sup>. De partijen kunnen betwisting hierover vermijden door bijvoorbeeld te stipuleren dat kennis bij verbonden ondernemingen (al dan niet) wordt beschouwd als voorafbestaande eigen kennis en dat onderzoeksactiviteiten door de verbonden ondernemingen (al dan niet) gelden als interne ontwikkeling van informatie of dat verbonden bedrijven (al dan niet) kunnen optreden als derde voor het doorgeven van informatie aan de onderneming die rechtstreeks gebonden is aan de geheimhoudingsovereenkomst.

**Voorbeeld:** “Information shall not qualify as Confidential Information if such information: [...] b) was already in the possession of the receiving party or any of its Associates [...]; c) is rightfully received by the receiving party or any of its Associates from a third party [...]; d) is independently developed or ascertained by the receiving party or any of its Associates [...]”<sup>968</sup>.

De partijen kunnen ter vermindering van bewijsproblemen een termijn stipuleren waarbinnen de informatieverkrijger moet meedelen dat hij zich beroept op één van de uitzonderingen in verband met de vóór of na de informatieverstrekking onafhankelijk verkregen kennis.

**Voorbeeld:** “[...] shall not apply to any information when, if and to the extent the party receiving such information promptly advises the disclosing party that [...]”<sup>969</sup>.

De uitzondering voor de onafhankelijke verkrijging van de kennis *na* de informatieverstrekking moet niet *ipso facto* deel uitmaken van de overeenkomst. De afwezigheid ervan brengt de geldigheid van de overeenkomst niet in het gedrang. De overeenkomst heeft immers een geldig voorwerp en een geldige oorzaak op het tijdstip van de contractsluiting. De latere verkrijging van de kennis maakt de naleving van de geheimhoudingsplicht niet onmogelijk en de informatieverstrekker heeft wel degelijk een reële prestatie geleverd. Het voorwerp vervalt bijgevolg niet. De oorzaak is in beginsel eveneens geldig<sup>970</sup> aangezien het loutere feit dat de informatie via een ander kanaal beschikbaar wordt voor de geheimplichtige nog niet betekent dat om het

---

<sup>967</sup> P. KURZ, 41.

<sup>968</sup> P. KURZ, 42 – de noodzaak om steeds te herhalen dat de *associates* worden vereenzelvigd met de contractspartij voor deze uitzonderingen wordt vermeden door te voorzien in een algemene definitie: “the term receiving party as used in this section shall include party’s associates”.

<sup>969</sup> Cf. M. FONTAINE en F. DE LY, 279.

<sup>970</sup> Een tegenargument is wel dat een geheimplichtige die zich niet mag beroepen op deze uitzonderingen verregaander in zijn vrijheid wordt beperkt. De geheimplichtige moet zich hier niet alleen gedragen alsof hij de informatie nooit heeft verkregen van de meester van het geheim (behoudens de toegestane doeleinden voor de verspreiding of het gebruik), hij moet zich in het algemeen gedragen alsof de informatie niet bestaat (en dus niet op een legitieme, alternatieve wijze zonder beperkingen te verkrijgen zou zijn). De meester van het geheim beschikt nochtans alleen over een legitiem belang om zijn concurrentiële voorsprong die voortvloeit uit het geheime karakter te beschermen. Hij kan geen exclusieve rechten op de informatie als dusdanig laten gelden. Bij deze uitzonderingen is de meester van het geheim zijn concurrentiële voorsprong reeds verloren naar een aantal actoren toe, ook al is hij deze nog niet verloren ten opzichte van het brede publiek.

even welke andere persoon er kennis van heeft of zou kunnen nemen (d.i. de informatie kan nog steeds relatief geheim blijven, dus nog niet publiek beschikbaar zijn), terwijl het moeilijk is voor de meester van het geheim om toezicht uit te oefenen op de legitimiteit van eventuele beroepen op deze uitzonderingen<sup>971</sup>. Deze doelstelling is niet zodanig ruim dat de geheimplichtige zich het recht zou moeten onzeggen op het gebruik van volledig publiek toegankelijke gegevens. De geheimhoudingsplicht vervalt, behoudens rechtsmisbruik, alleen indien de partijen expliciet of impliciet overeenkomen dat de informatie niet alleen onbekend en ontoegankelijk moet zijn voor de geheimplichtige op het tijdstip van de contractsluiting, maar dat *ook moet blijven* gedurende de uitvoering van de overeenkomst.

### 2.3.3 Publieke beschikbaarheid of algemene (c.q. gedeeltelijke) bekendheid

**283.** De derde uitzondering geldt voor kennis met een publiek karakter. De geheimhoudingsplicht verdwijnt dan indien de informatie publiek wordt zonder fout van de geheimplichtige of de personen waarvoor hij instaat. Dit kan reeds het geval zijn op het tijdstip van de contractsluiting, zodat de informatie reeds vanaf dan is uitgezonderd van de geheimhoudingsplicht.

**Voorbeeld:** “Confidential Information shall not include: [...] information or material which at the time of its disclosure is, or which thereafter becomes (other than as a result of any act or default by the Receiving Party or its Representatives) generally available to the public”.

In het octrooirecht geldt dat een uitvinding niet meer nieuw is en dus tot het openbare domein behoort wanneer elke geïnteresseerde persoon op een bepaald moment de kans had om er kennis van te nemen (*infra* randnr. 399). Reeds een potentiële kennisname doet het nieuwe karakter onherroepelijk teniet. Deze restrictieve analyse is niet zomaar transposeerbaar naar contractuele geheimhoudingsplichten. De precieze omschrijving van het publieke domein hangt in het contractenrecht in de eerste plaats af van de wil van de partijen. Zij kunnen een eigen definitie uitwerken die afwijkt van de gebruikelijke betekenis in andere rechtsdomeinen<sup>972</sup>. Deze betekenis kan bijgevolg tevens verschillen van overeenkomst tot overeenkomst<sup>973</sup>, al wordt zij steeds begrensd door de gemeenschappelijke vereisten inzake de geldigheid van het voorwerp en de oorzaak van de overeenkomst. De precieze inhoud van deze notie wordt beïnvloed door drie factoren: welke personen moeten op de hoogte zijn van de informatie? Hoeveel van deze personen moeten op de hoogte zijn? Moet de kennis actueel zijn of volstaat een potentiële kennis?

---

<sup>971</sup> De meester van het geheim kan (althans indien de geheimhoudingsplicht in het algemeen niet al te bezwarend is voor de geheimplichtige, bijvoorbeeld omdat zij van een relatief korte bepaalde duur is) door deze uitzonderingen niet toe te laten de bewijsproblemen en het misbruik vermijden dat met deze uitzonderingen gepaard zou kunnen gaan. De kans is immers reëel dat een interne ontwikkeling al dan niet met opzet toch beïnvloed werd door de informatie van de meester van het geheim. Afhankelijk van de waarde en omvang van de informatieverstreking kan bij een derde die de informatie meedeelt al snel enige twijfel rijzen over de legitimiteit van deze operatie wanneer de derde ervoor kiest om informatie die nochtans niet publiek beschikbaar is zonder geheimhoudingsplicht te verstrekken.

<sup>972</sup> Zie bv. BGH 16 oktober 1962, KZR 11/61, *GRUR* 1963, 207 (m.b.t. het nieuwe en al dan niet bekende karakter van informatie).

<sup>973</sup> V. DUHAUT, 171, nr. 146.



**284. Welke personen moeten op de hoogte (kunnen) zijn?** Ten eerste moet worden nagegaan uit welke personen het publiek is samengesteld: moet de informatie bekend of toegankelijk zijn voor iedereen, of volstaat bekendheid of toegankelijkheid voor personen met een economisch belang bij de kennisname van de informatie? De kring van geïnteresseerde personen wordt in beginsel beperkend ingevuld. Men moet de verspreiding van de informatie niet bij het brede publiek beoordelen, maar slechts bij het relevante publiek. Ontelbare personen zullen immers nooit op de hoogte raken van bepaalde informatie omdat zij daar geen enkel belang bij hebben. Het relevante publiek bestaat bijgevolg uit de personen die een (doorgaans economische) interesse hebben om kennis te nemen van de informatie. De identiteit van deze personen hoeft niet *in concreto* te worden ingevuld aangezien dit leidt tot praktische bewijsproblemen. Het is realistischer om de abstracte maatstaf van de normaal zorgvuldige geïnteresseerde persoon (bv. concurrent) te hanteren. Het relevante publiek kan vervolgens nog worden beperkt tot geïnteresseerde personen die actief zijn in een specifieke sector en/of een specifiek territorium. Het feit dat informatie gemeen goed is in een bepaalde sector of op een bepaalde locatie betekent namelijk nog niet dat geïnteresseerde personen uit andere sectoren of locaties hiervan op de hoogte zijn.

Dit heeft tot gevolg dat informatie die elders in de wereld publiek bekend of beschikbaar is, nog steeds kan worden geheimgehouden op locaties waar dit niet het geval is<sup>974</sup> (of naargelang de wil van de partijen ook daar net komt te vervallen wegens de bekendheid in de andere locatie). Een uitvinding die uitvoerig beschreven is in Taiwanese vakliteratuur kan bijvoorbeeld nog steeds onderworpen blijven aan een contractuele geheimhoudingsplicht in België totdat deze kennis ook hier publiek bekend wordt.

**285. Hoeveel van deze personen moeten op de hoogte (kunnen) zijn?** Het tweede criterium betreft de mate waarin de informatie bekend moet zijn bij het relevante publiek. Het relevante publiek kan contractueel worden ingevuld als één, meerdere, of alle geïnteresseerde personen. Informatie is niet meer geheim in de absolute betekenis van zodra een andere persoon er kennis van neemt. Geheimhouding in de absolute zin is echter niet vereist voor het geldig contracteren over informatie<sup>975</sup>. De notie geheimhouding wordt in beginsel relatief gedefinieerd. Het vertrouwelijke karakter van de informatie verdwijnt niet enkel en alleen omdat meerdere geïnteresseerde personen er onafhankelijk van elkaar over beschikken<sup>976</sup> (d.i. een horizontale

---

<sup>974</sup> Zie M. FONTAINE en F. DE LY, 277; M. BUHLER, (359) 368.

<sup>975</sup> Cf. Cass. 12 juli 1894, *BJ* 1894, 1333 (i.v.m. de onterechte aanpassing door de rechter van de overeenkomst op basis van de beweerde vaststelling dat de toestemming van de partijen n.a.v. een genealogieovereenkomst zich zou hebben beperkt tot een geheim in de absolute betekenis, dat alleen bekend zou geweest zijn aan de genealoog en niet zou kunnen worden achterhaald door anderen).

<sup>976</sup> Een gedeeltelijke bekendheid kan nochtans reeds schadelijk zijn voor de meester van het geheim, zelfs al maakt dit de informatie niet algemeen bekend of zelfs maar publiek toegankelijk. Zie bv. Brussel 19 november 2002, *RW* 2005-06, 1626, noot S. RUTTEN (een rekeninghouder had zijn geheime bankcode verspreid onder een tiental personen zonder dat dit nodig was voor het goede beheer van de rekening. Het Hof leidde onder meer uit dit feit af dat de bank te goeder trouw een

verspreiding) en *a fortiori* niet enkel en alleen omdat de meester van het geheim de informatie verstrekt mits aanvaarding van een geheimhoudingsplicht (d.i. een verticale verspreiding).

**Voorbeeld:** “‘Excluded Information’ shall mean such disclosed information or data which: [...] is in or comes into the public domain in any way without breach of this Agreement by the receiving party provided that such disclosed information shall not be deemed to be generally available to the public by reason only that it is known to only a few of those people to whom it might be of commercial interest, and a combination of two or more portions of the Confidential Information shall not be deemed to be generally available to the public by reason only of each separate portion being so available”<sup>977</sup>.

**286. Moeten deze personen een actuele of potentiële kennis hebben?** Het derde criterium betreft de *mate waarin de geïnteresseerde personen zich bewust moeten zijn van de informatie opdat zij publiek zou zijn*: moet zij publiek bekend zijn (“generally known”) of volstaat het dat zij louter publiek *toegankelijk* is (“publicly available”)<sup>978</sup>? De eerste vereiste is zeer streng omdat zij een bewuste, daadwerkelijke kennis impliceert (die bv. af te leiden valt uit het feit dat de informatie op objectief verifieerbare wijze wordt gebruikt) en geen loutere mogelijkheid tot kennisname (bv. af te leiden uit het feit dat de informatie toegankelijk is via vakliteratuur). In het tweede geval is de informatie niet meer geheim van zodra het relevante publiek kennis zou kunnen nemen.

Beide benaderingswijzen riskeren in extremen te vervallen. Het eerste alternatief, waarbij de informatie daadwerkelijk gekend moet zijn door (een deel van) het relevante publiek, is niet altijd realistisch. Het belang bij de geheimhouding verdwijnt gelet op de relatieve invulling van de notie geheimhouding namelijk niet per definitie omdat één of meerdere geïnteresseerde personen de kennis daadwerkelijk verwerven. De informatie kan nog steeds een concurrentieel voordeel opleveren (resp. een nadeel vermijden) ten aanzien van geïnteresseerde personen die nog niet op de hoogte zijn. Het is bovendien niet altijd evident om *in concreto* te bewijzen dat bepaalde informatie daadwerkelijk bekend is aan één of meerdere derden (laat staan aan alle geïnteresseerde personen). Het tweede alternatief is riskant voor de meester van het geheim omdat een louter potentiële toegang tot de kennis in de praktijk niet altijd tot gevolg heeft dat de informatie daadwerkelijk bekend raakt. Hij zou zijn bescherming kunnen kwijtraken voordat zijn beschermenswaardig belang verdwijnt. De geheimhoudingsovereenkomst beschermt namelijk de feitelijke situatie dat informatie niet bekend is aan personen die daar belangstelling in hebben (of zouden hebben

---

overschrijvingsopdracht had uitgevoerd). Het beschermenswaardige belang van de meester van het geheim verdwijnt echter nog niet volledig door deze gedeeltelijke bekendheid.

<sup>977</sup> <http://webequity.org/media/nda.pdf>.

<sup>978</sup> B. BOWDEN, “Drafting and negotiating effective confidentiality agreements (with forms)”, 41 no. 7 Prac. Law. 39. Deze auteur toont zich tevens kritisch tegen het gebruik van de notie “in the public domain” voor geheimhoudingsovereenkomsten. Informatie in het publieke domein is door niemand gecontroleerd en het gebruik ervan is vrij voor iedereen die er kennis van neemt. De kritiek op het gebruik van deze notie lijkt onterecht omdat de omvang van het publieke domein mede wordt bepaald door het gemak waarmee leden van het publiek er kennis van kunnen nemen (bv. adresgegevens in telefoonboeken, wetenschappelijke publicaties, publicatie van financiële gegevens, etc.).

indien zij op de hoogte zouden zijn van haar bestaan). Het belang bij de geheimhouding verdwijnt slechts indien het relevante publiek ook daadwerkelijk gebruik maakt van deze toegang. Een *potentiële* toegang waarvan niemand gebruik (heeft ge)maakt, wijzigt niets aan de intrinsieke onbekendheid van de informatie. De vaststelling dat informatie materieel zonder al te veel moeite toegankelijk is, hoeft bijgevolg niet *ipso facto* te betekenen dat zij algemeen bekend is. Het blijft mogelijk dat het geïnteresseerde publiek niet op de hoogte blijkt van het bestaan ervan en ook (nog) niet redelijkerwijze geacht kan worden om het te kennen (bv. de publicatie van een uitvinding in een weinig bekend vaktijdschrift in een ver verwijderd land).

De publicatie van informatie op het internet leidt bijvoorbeeld niet tot algemene bekendheid indien de informatie werd verwijderd voordat zij werd opgemerkt of indien zij ondanks het lek niet op grote schaal werd verspreid (bv. omdat de personen die er kennis van nemen beslissen de informatie voor zichzelf te houden en te gebruiken en dus, voor zover hun kennisname legitiem is, een zelfstandige meester van het geheim zijn geworden) of zonder moeite toegankelijk is geworden.

**287. Tijdstip van de openbare beschikbaarheid resp. bekendheid – onderscheid met exploiteerbaarheid van de informatie.** Het geheime karakter gaat in beginsel pas teloor indien de informatie *rechtstreeks* beschikbaar resp. bekend is. Zo verhindert de opname van een technisch gegeven in publicaties het bestaan van een (fabrieks)geheim niet indien de loutere lectuur van de technische literatuur niet volstaat om de techniek toe te passen, maar doorgedreven en complexe experimenten noodzakelijk zijn gedurende een lange periode om tot het beoogde resultaat te komen<sup>979</sup>. Het geheime karakter van de informatie -en het corresponderende legitieme belang van de meester van het geheim- gaat daardoor niet onmiddellijk teniet wanneer zij het voorwerp uitmaakt van een publicatie die nog verder onderzoek en experimentatie vereist vooraleer zij daadwerkelijk bruikbaar is<sup>980</sup>. Men kan bijgevolg een onderscheid maken tussen de kennisname van de informatie *sensu stricto* en de mogelijkheid om haar te exploiteren. De grotere beschikbaarheid of bekendheid van de informatie maakt een gebruiksverbod in hoofde van de geheimplichtige niet onmiddellijk zinloos. Dit is pas het geval van zodra de concurrentie de informatie begint te exploiteren (of dit redelijkerwijze zou kunnen doen).

Dit vertaalt zich in de mogelijkheid om een zogenaamde “springboard” of “head start” beperking te stipuleren voor de hypothese waarbij de informatie in het publieke domein terechtkomt op een manier die haar niet onmiddellijk bruikbaar maakt voor commerciële aanwending. De personen die reeds voor de publieke beschikbaarheid over de informatie beschikten in ruil voor de onderworpenheid aan een geheimhoudingsplicht (bv. licentiehouders) genieten in deze hypothese een voorsprong op de personen die er pas kennis van kunnen nemen nadat (en doordat) de informatie publiek beschikbaar wordt. De vroegere geheimplichtigen beschikken per hypothese namelijk reeds over de bijkomende inzichten en ervaringen die noodzakelijk zijn voor de nuttige exploitatie van de gegevens. De *onmiddellijke*

<sup>979</sup> Antwerpen 31 maart 2009, *T. Strafr.* 2009, 320.

<sup>980</sup> Cass. 26 juni 1975, *RW* 1975-76, 1369 (m.b.t. art. 309 Sw.).

verdwijning van hun geheimhoudingsplicht op het moment dat de informatie publiek beschikbaar wordt voor anderen, zou hen toelaten om *onmiddellijk* nuttig gebruik te maken van de informatie terwijl de andere geïnteresseerde personen *eerst* nog enige tijd en moeite zouden moeten investeren in de commercialisatie van de informatie. De meester van het geheim heeft dan ten belope van de voorsprong nog een beschermenswaardig belang bij de beperking van de bewegingsvrijheid van zijn geheimplichtige medecontractanten<sup>981</sup>.

Ook de publicatie van algemene, suboptimale gegevens behoort tot deze categorie. Een publicatie kan algemene gegevens meedelen die de specifieke informatie noodzakelijkerwijze in zich meedragen, maar zonder deze te verbijzonderen. Zo kan de specifieke informatie bestaan uit een productieprocedé waarbij de optimale reactietemperatuur 400 tot 420°C is. Een publicatie die meedeelt dat de optimale reactietemperatuur zich tussen 300 en 500°C bevindt, omvat noodzakelijkerwijze de specifiekere informatie. De specifiekere informatie is hier waardevoller omdat zij door buitenstaanders slechts mits de investering van enige tijd en inspanningen worden opgespoord<sup>982</sup>. De meester van het geheim kan dan ook een legitiem belang hebben bij de geheimhouding totdat de concurrentie er in slaagt om het procedé op onafhankelijke wijze te optimaliseren.

**Voorbeeld:** “No information which is specific shall be deemed to be within any of the foregoing exceptions merely because it is embraced by more general information which falls within any one or more foregoing exceptions”.<sup>983</sup>

**288. Omvang van de publieke beschikbaarheid resp. bekendheid – combinaties van geheime informatie en niet-geheime informatie.** Het feit dat een deel van de informatie wel en een ander deel niet bekend is of wordt, laat de geheimhoudingsplicht ten aanzien van het nog geheime deel onverlet. Ook de combinatie van niet-geheime elementen kan als dusdanig tot een geheim leiden.

**Voorbeeld:** “Any combination of information of features shall not be deemed to be within the exceptions merely because the individual features or elements of information are in the public domain or in the Receiving party unless the combination itself and its principle of operation are in the public domain or in the possession of the Receiving Party”.<sup>984</sup>

---

<sup>981</sup> Zie o.m. High Court of Australia 13 december 2001, *Maggbury v Hafele Australia*, [2001] HCA 70, overweging 50 (“A construction of the restraints [...] which gave them a limited temporal operation after public disclosure [...] might be supported as the contractual imposition [...] of a ‘head start’ handicap. This would reflect the advantage to those companies, over the position of competitors who had not dealt with Maggbury, in having had access to the Information over a period preceding its public disclosure” – deze overweging was een *obiter dictum*); P. GOULDING (ed.), 429-434 (deze auteur stelt vast dat een *springboard injunction* mogelijk is voor een *breach of confidence*, maar dat het betwist is of dit ook mogelijk is indien de foutieve gedraging enkel resulteert in een *breach of contract*).

<sup>982</sup> K. NAMIKAWA, “Problems in Secrecy Agreements”, *Les Nouvelles* 1982, (158) 159.

<sup>983</sup> *Ibid.*, 159.

<sup>984</sup> <http://www.britishdesigninnovation.org>.

“Confidential Information shall not be deemed to be information in the public domain merely because any part of such information includes individual features, components or combinations that are now or become known to the public”<sup>985</sup>.

**289. Bewijs van de publieke beschikbaarheid resp. bekendheid.** Het is gelet op de moeilijkheid om een reële kennis in hoofde van andere geïnteresseerde personen aan te tonen evenwichtiger om te werken met feitelijke vermoedens die naar redelijkheid worden ingevuld. Zo kan men stipuleren dat informatie algemeen bekend is wanneer uit de omstandigheden blijkt dat (één, meerdere of) elke geïnteresseerde persoon daadwerkelijk kennis heeft van de informatie of minstens redelijkerwijze mag worden geacht die kennis te hebben. Men kan ervan uitgaan dat een normaal zorgvuldige geïnteresseerde persoon die redelijkerwijze kennis kan hebben van bepaalde informatie daar ook effectief kennis van neemt. Een louter materiële beschikbaarheid van de informatie (zoals bv. een tijdelijke publicatie op het internet die wordt opgeheven voordat derden gebruik kunnen maken van deze toegankelijkheid) resulteert daarbij niet noodzakelijk in een redelijke mogelijkheid tot kennisname voor elke geïnteresseerde persoon. Deze benadering laat toe om de legitieme doelstellingen van de geheimhoudingsovereenkomst te maximaliseren. Het aan de geheimhouding gekoppelde concurrentiële voordeel (resp. risico op bijkomend nadeel) verdwijnt namelijk indien elke geïnteresseerde persoon redelijkerwijze toegang heeft tot de informatie, zodat het behoud van de geheimhoudingsplicht geen nut meer heeft.

De partijen kunnen ook bij deze uitzondering voorzien in bewijsafspraken. In het gemene recht ligt de bewijslast op de schouders van de partij die zich op de uitzondering wenst te beroepen, *in casu* de geheimplichtige. Er kan ten slotte tevens worden gestipuleerd dat de bekendheid of toegankelijkheid van specifieke bestanddelen van een geheim al dan niet leidt tot het verlies van de vertrouwelijkheid voor de combinatie van de informatie.

**290. Gebrek aan uitdrukkelijke omschrijving.** Indien de geheimhoudingsovereenkomst geen definitie bevat van algemene bekendheid, moet (voor zover het niet ging om een essentieel element voor de contractsluiting) de rechter deze bepalen op basis van een soevereine interpretatie en aanvulling van de partijwil. Het doel dat de partijen nastreven met de geheimhoudingsplicht is doorgaans het bezorgen van een economisch voordeel aan de geheimplichtige of het vermijden van een economisch nadeel voor de meester van het geheim. Men kan dan ook poneren dat de informatie algemeen bekend wordt in het licht van de overeenkomst indien deze doelstellingen niet (meer) kunnen worden bereikt. Dit is in beginsel het geval van zodra een (gelet op de omstandigheden) grootschalige en onbeheersbare verspreiding van de informatie plaatsvindt die tot gevolg heeft dat elke geïnteresseerde persoon redelijkerwijze mag worden geacht kennis te hebben of te kunnen hebben van de informatie. Voor het economische voordeel van de geheimplichtige bestaat het geïnteresseerde publiek minstens uit diens rechtstreekse

---

<sup>985</sup> J. RAMSAY, “Dreadful Drafting: The Do’s And Don’ts Of Non-Disclosure Agreements”, *Les Nouvelles* 2007, (387) 391.

concurrenten, bij het economische nadeel voor de meester van het geheim gaat het naargelang de context ook om diens potentiële klanten, leveranciers of aangestelden.

De informatieverkrijger kan gelet op de mogelijkheid tot relatieve invulling van de notie geheimhouding, onderworpen blijven aan een verspreidings- en gebruiksverbod ook al komt de informatie in handen van personen die zelf niet verplicht zijn tot geheimhouding. Het is niet omdat één of meerdere andere personen kennis hebben van de informatie dat de (of in deze hypothese: een) meester van het geheim elk belang zou verliezen bij de geheimhouding van de informatie door de personen aan wie *hij* het geheim toevertrouwt of, omgekeerd, dat de informatieverkrijgers geen enkel nut meer zouden kunnen halen uit hun kennis. Het kan zijn dat de derden zelf geen geïnteresseerde personen zijn. Bovendien impliceert de vaststelling dat enkele (zelfs geïnteresseerde) derden kennis hebben van de informatie niet dat om het even welke geïnteresseerde persoon de informatie daadwerkelijk via deze bronnen kan verkrijgen. Het is mogelijk dat deze derden geen enkele intentie hebben om de informatie te verspreiden, of dat hun identiteit eenvoudigweg niet bekend is.

**291. Maakt de uitzondering van de algemene bekendheid *ipso facto* deel uit van de geheimhoudingsovereenkomst?** Er werd reeds gesteld dat de partijen steeds de geldigheidsvereisten van het contractenrecht en de openbare orde moeten respecteren. Zij zijn vrij om hun overeenkomst vorm te geven zolang dit niet rechtstreeks of onrechtstreeks resulteert in een inbreuk op deze vereisten. Contractuele geheimhoudingsplichten zullen daardoor in de praktijk vroeg of laat een einde kennen, hetzij omdat het voorwerp komt te vervallen, hetzij omdat de vrijheid van de geheimplichtige buitensporig in het gedrang komt. De geheimhoudingsovereenkomst gaat dan ook gepaard met een minstens impliciete uitzondering voor algemeen bekende informatie. Het voorwerp van de geheimhoudingsplicht behelst namelijk informatie die (in min of meerdere mate<sup>986</sup>) geheim is. Het geheime karakter van de informatie is bijgevolg niet alleen een essentieel gegeven voor de contractsluiting, maar ook een essentieel gegeven voor de voortzetting van de overeenkomst (*cf. infra* randnr. 467). Bovendien riskeert een geheimhoudingsplicht ten aanzien van publiek beschikbare informatie te worden aangemerkt als een te verregaande beperking van de vrijheid van de geheimplichtige en tevens te worden geherkwalificeerd naar een niet-concurrentieplicht.

#### 2.3.4 Residual information clause

##### 2.3.4.1 Omschrijving

**292. Probleemstelling: samenwerking leidt noodzakelijkerwijze tot informatieoverdracht.** Bij een nauwe samenwerking zullen één of beide partijen toegang krijgen tot vertrouwelijke gegevens van hun medecontractant. De medewerkers aan deze projecten zullen ervaring opdoen en vertrouwd raken met het reilen en zeilen van de opdrachtgevende onderneming. Het is na afloop van de relatie

---

<sup>986</sup> *Cf.* de analyse van de discretieplicht *infra* randnr. 348.

onmogelijk om deze informatie te beschermen door de geheugens van de betrokkenen uit te wissen. De partijen kunnen wel allerlei juridische beperkingen overeenkomen die hun toekomstige gedrag beheersen. Zo heeft een geheimhoudingsbeding tot doel om het gebruik of de verspreiding van bepaalde vertrouwelijke kennis te blokkeren bij de geheimplichtige. Al te ruime beperkingen riskeren echter de toekomstige economische activiteiten van deze geheimplichtige te immobiliseren. Hij kan namelijk in situaties terechtkomen waarbij hij nuttig gebruik zou kunnen maken van de verworven kennis, maar daarvan moet afzien wegens de geheimhoudingsplicht. De gebondenheid aan de geheimhoudingsplicht resulteert daarbij in een concurrentieel nadeel aangezien de geheimplichtige zijn activiteiten minder efficiënt kan voeren dan wat strikt genomen mogelijk is. Het is dan ook in het belang van de geheimplichtige dat zijn werknemers zo weinig mogelijk “besmet” raken door deze kennis, waardoor zij niet meer kunnen worden ingeschakeld voor gelijkaardige projecten of bij concurrerende ondernemingen.

**293. *Residual information clauses* ter bescherming van de economische vrijheid van de geheimplichtige.** De geheimplichtige kan trachten om de weerslag van de geheimhoudingsplicht op zijn economische vrijheid te minimaliseren door een bijkomende uitzondering op de geheimhoudingsplicht te stipuleren in de vorm van een *residual information clause*<sup>987</sup>. Deze clausules hebben tot doel om het gebruik van “residuele informatie” veilig te stellen voor de toekomstige activiteiten van de geheimplichtige en om hem de vrijheid te bieden de personen die hebben samengewerkt met de oorspronkelijke informatieverstrekker nog te kunnen inschakelen voor dergelijke projecten. Deze vrijstelling van de geheimplichtige ten aanzien van *in se* beschermingswaardige informatie is nuttig voor de leveranciers van producten en diensten die de terbeschikkingstelling van of de toegang tot vertrouwelijke informatie vereisen, zoals de *outsourcing* van productieprocessen of de levering van hoogtechnologische diensten. De aanwezigheid van een *residual information clause* doet vragen rijzen over het tijdstip waarop de uitzondering in werking treedt, de informatie die wordt vrijgesteld en de gevolgen ervan voor de geheimhoudingsplicht.

#### 2.3.4.2 Tijdstip van inwerkingtreding

**294. Gedurende of na afloop van de contractuele basisverhouding.** Een eerste aandachtspunt is het tijdstip waarop de *residual information clause* in werking treedt: kan de geheimplichtige zich reeds op de uitzondering beroepen tijdens de contractuele basisverhouding of pas na de beëindiging ervan? Vanuit het standpunt van de geheimplichtige is het aan te raden om de uitzondering meteen te laten ingaan.

---

<sup>987</sup> B. SUFFREDINI, “Negotiating Residual Information Provisions in IT and Business Process Outsourcing Transactions” in I. SPRINGSTEEL en J. KUAN (eds.), *Offshore Business Sourcing: Report On Law & Strategy*, Concord, World Trade Executive, 2004, 155-164; S. KLINE en M. FLOYD, “Managing confidential relationships in intellectual property transactions: use restrictions, residual knowledge clauses, and trade secrets”, *Review of Litigation* 2006, 311-347 (25 Rev. Litig. 311). Deze clausules worden soms verkort aangeduid als *residuals clauses*. Zie tevens H. MUMMENTHEY, “Vertraulichkeitsvereinbarungen”, *CR* 1999, (651) 657.

**Voorbeeld:** “Notwithstanding the confidentiality obligations of the Service Provider under this Agreement, the Service Provider may during and after the term of this Agreement [...]”.

Het is daarentegen in het belang van de meester van het geheim om de uitzondering pas in werking te laten treden na een bepaalde termijn, bijvoorbeeld na afloop van de contractuele basisverhouding. Deze marge voorkomt dat het beschermingsniveau van de informatieverstrekker onmiddellijk wordt gereduceerd indien dit de economische activiteiten van de geheimplichtige niet op onredelijke wijze beperkt.

**Voorbeeld:** “‘**Nokia Residual Information**’ means any of the Nokia Networks Confidential Information which exists in the heads of employees and officers of the Nokia Group after Closing”<sup>988</sup>.

#### 2.3.4.3 Toepassingsgebied van de uitzondering

##### **295. De *residual information clause* geldt in het voordeel van de geheimplichtige.**

De *residual information clause* sluit bepaalde informatie uit van de geheimhoudingsplicht. Zij geldt daardoor in het voordeel van de geheimplichtige. Bij wederkerige informatieverstrekingen kunnen beide partijen informatie verkrijgen waarvoor zij de handen vrij wensen te houden voor het toekomstige gebruik ervan. De *residual information clause* kan dan ook wederkerig worden bedongen zodat elke partij zich erop kan beroepen voor de geheime informatie waarover zij het meesterschap geniet. Het kan daarbij zowel gaan om informatie waarover de partij reeds beschikte voordat zij rechtsbetrekkingen aanknoopte met de geheimplichtige als om informatie die in het raam van deze rechtsbetrekkingen werd ontwikkeld en waarvan het meesterschap wordt toegewezen aan één van de partijen (bv. aan de opdrachtgever)

**296. Uitgangspunt: vrijstelling voor algemene kennis en ervaring.** Het uitgangspunt van de *residual information clause* is dat de geheimplichtige wordt vrijgesteld van beperkingen op het gebruik van de *algemene kennis en ervaring* die hij of zijn werknemers verwierven tijdens de contractuele relatie omdat hij of zijn werknemers er onvermijdelijk op zullen steunen voor toekomstige opdrachten. De reële draagwijdte van de uitzondering wordt echter steeds afgebakend door de wil van de partijen. Zij kunnen bijvoorbeeld stipuleren dat bepaalde types van informatie steeds te beschouwen zijn als *residuals*. De geheimplichtige heeft daarbij een belang om een zo ruim mogelijk toepassingsgebied te bedingen dat zich niet alleen uitstrekt tot de opgedane algemene kennis en ervaring, maar ook zoveel mogelijk andere types van uitgewisselde informatie omvat. Een dergelijke ruime uitzondering is echter vatbaar voor nietigverklaring indien zij het voorwerp van de geheimhoudingsplicht uitholt.

---

<sup>988</sup> Nokia Corp., Commission file number 1-13202, filed with the Securities and Exchange Commission on March 12, 2007 (<http://esignal.brand.edgar-online.com>). (First) closing wordt gedefinieerd als “the closing of the transfer of any part(s) of the Nokia Networks Business and/or the Siemens Networks Business (as the case may be) to NSN on the First Closing Date”.



**297. Criterium voor de vaststelling van algemene kennis en ervaring: *unaided residual information clauses*.** De klassieke *residual information clause* heeft betrekking op de zogenaamde *unaided residual information*. Dit is de informatie die onopzettelijk achterblijft in het geheugen van de medecontractant nadat de samenwerking werd beëindigd en de materiële informatiedragers werden teruggegeven of vernietigd. De premisse van deze uitzondering is dat geïmpliciteerd na de opheffing van de toegang tot de informatie niet in staat zijn om elke informatieverstrekking tot in de details te herinneren, maar hooguit de grote lijnen van de uitgewisselde informatie zullen onthouden. Dit criterium heeft tot gevolg dat het toepassingsgebied van de uitzondering zich in beginsel -behoudens andersluidende bepaling- uitstrekt tot elk type informatie. Het determinerende criterium is niet de inhoud van de informatieverstrekking, maar wel de mogelijkheid om haar te onthouden. De vraag is of de betrokkene de informatie zonder hulpmiddelen heeft onthouden en of hij deze zonder hulpmiddelen terug kan opdiepen uit zijn geheugen.

De ingeschakelde persoon moet de informatie op natuurlijke wijze verworven hebben en niet kunstmatig via een methode die specifiek gericht was op de bewaring van de informatie. De partijen kunnen bij hun definitie van de notie '*unaided*' verduidelijken dat de informatie niet opzettelijk mag worden gememoriseerd met het oog op de omzeiling van de geheimhoudingsplicht. Deze verbijzondering is echter niet onmisbaar aangezien een recht op opzettelijke memorisering van informatie -met uitzondering van uitzonderlijk complexe materies- een uitholling van de geheimhoudingsplicht impliceert. Het is voor een partij die bepaalde informatie wenst uit te zonderen van de geheimhoudingsplicht dan ook wenselijker om de informatie in kwestie rechtstreeks en uitdrukkelijk te laten uitzonderen van het gebruiks- en/of verspreidingsverbod.

**Voorbeeld:** "5. 'Residual Information' shall mean any Confidential Information of the disclosing party which may be retained in intangible form in the minds of those individuals of the receiving party who have had proper access to such Confidential Information and who did not intentionally memorize such information in order to circumvent these confidentiality terms and conditions [...]"<sup>989</sup>.

De mentale capaciteiten en subjectieve intenties van een partij zijn moeilijk te bewijzen. Het is dan ook aangewezen om de vaststelling van het residuele karakter van de informatie te onderwerpen aan een geobjectiveerde toetsing. De informatie is dan uitgezonderd indien het gelet op de omstandigheden redelijkerwijze aannemelijk is de informatie werd bijgehouden zonder kunstmatige hulpmiddelen. Gelet op de onzekerheid die met dit criterium gepaard gaat, is het aan te raden om betwistingen over deze uitzondering te koppelen aan een ADR beding dat voorziet in een snelle en vertrouwelijke procedure voor de behandeling ervan.

**298. Toevoeging van specifieke beperkingen op het algemene uitzonderingsregime van de *unaided residual information*.** Het eenvoudig te

---

<sup>989</sup> <http://www.secinfo.com/dsvRu.6416.c.htm>.

onthouden karakter van bepaalde informatie betekent niet dat deze informatie onbelangrijk is en daardoor geen bescherming zou behoeven. De geheimhouding van relatief eenvoudig te onthouden informatie (bv. groeistrategieën, ideeën, verkoopstechnieken, wachtwoorden, werknemer-, leverancier- en klantenlijsten, etc.) kan integendeel uiterst waardevol zijn voor de meester van het geheim. Het stipuleren van een algemene uitzondering is bovendien riskant omdat het residuele karakter van de informatie steeds ter discussie kan worden gesteld. Het is voor bepaalde types van informatie dan ook af te raden om het geheugen van de geheimplichtige als enige criterium te hanteren bij de vaststelling van het toepassingsgebied van het uitzonderingsregime. Dit wordt vermeden door bepaalde (categorieën van) informatie zonder meer uitsluiten van de *residual information clause* – hetzij om elke discussie over de vanzelfsprekendheid van het residuele karakter te vermijden, hetzij om de geheimhoudingsplicht onverkort te laten gelden ondanks dit vanzelfsprekende karakter.

**299. Beperking tot informatie die legitiem werd verkregen.** De clause kan verbijzonderen dat het uitzonderingsregime slechts geldt voor informatie die op legitieme wijze toegankelijk was (*proper access* – cf. het voorbeeld aangehaald in randnr. 297) voor de informatieverkrijger. Deze verbijzondering is niet onmisbaar omdat informatie die op onregelmatige wijze werd verkregen in de eerste plaats niet noodzakelijk onder het contractuele geheimhoudingsregime valt. Duidelijkheid hierover vereist een onderzoek naar de voorwaarden van de samenloop (d.i. een niet louter contractuele fout en niet louter contractuele schade). Indien vervolgens een contractuele fout en schade wordt vastgesteld, doet de interpretatieve functie van de goede trouw reeds vermoeden dat het niet strookt met de partijwil om een medecontractant voordeel te laten halen uit haar wanprestatie, zodat de partijen dit niet uitdrukkelijk hoeven te bedingen.

**300. Gevolgen van de uitzondering.** Eens vastgesteld dat bepaalde informatie wordt geïsoleerd door de *residual information clause* moet worden nagegaan wat de gevolgen ervan zijn voor de geheimhoudingsplicht. In de meest verregaande hypothese wordt de informatie volledig uitgezonderd van de geheimhoudingsplicht. De geheimplichtige is dan aan geen enkele beperking onderworpen voor de informatie in kwestie. De clause kan eveneens voorzien in een evenwichtiger regime dat de geheimhoudingsplicht slechts gedeeltelijk opheft. Dit laatste is de gebruikelijke doelstelling van een *residual information clause*. Zij zal de beperkingen op het gebruik van vertrouwelijke informatie (slechts) versoepelen zodat de economische activiteiten van de geheimplichtige niet volledig worden geblokkeerd zonder echter afbreuk te doen aan het verbod op *rechtstreekse verspreiding* van de informatie. Het gebruik van de informatie kan bijgevolg leiden tot de onrechtstreekse verspreiding ervan.

**301. Niet-concurrentieplicht t.a.v. de informatie.** De uitzondering kan de geheimhoudingsplicht beperken tot een verbod op gebruik van de informatie voor concurrenten of voor de eigen ontplooiing van concurrerende activiteiten. De

informatie mag dan uitsluitend worden gebruikt indien de personen of activiteiten niet onmiddellijk in concurrentie staan met de oorspronkelijke informatieverstrekker.

**Voorbeeld:** “[...] Notwithstanding anything else in this Agreement, the receiving party shall be free to use any Residual Information for any purpose whatsoever, including, without limitation, the development of its own products, or business, provided that such Residual Information is not used in connection with products that are directly competitive to those of the disclosing party”<sup>990</sup>.

De clausule kan uitdrukkelijk bevestigen dat de uitgezonderde informatie onderworpen blijft aan de niet-verpreidingsplicht. Zij kan tevens voorzien dat de verplichting tot het nemen van actieve beschermingsmaatregelen behouden blijft, zoals de verplichting om minstens dezelfde zorgvuldigheid in acht te nemen als die standaard die men hanteert voor de bescherming van eigen informatie. De rechtstreekse of onrechtstreekse verspreiding van de geviseerde informatie is dan niet problematisch indien de geïmpliciteerde aantoont dat hij er dezelfde zorg aan besteedde als aan zijn eigen informatie, bijvoorbeeld door het voorzien van evenwaardige kopieerbeveiligingen of door de dienst slechts te leveren mits oplegging van een geheimhoudingsplicht aan de ontvanger van de dienst.

**Voorbeeld:** “The parties acknowledge and agree that they and their respective employees may utilize for any purpose any Residual Information resulting from using or having access to Confidential Information. However, the non-disclosure obligations of this section 11<sup>[991]</sup> shall continue to apply to such Residual Information”<sup>992</sup>.

**302. Bijkomende niet-concurrentieplicht t.a.v. de informatieverkrijgers.** De informatieverstrekker kan een bijkomende niet-concurrentieplicht bedingen ten aanzien van de personen die de geïmpliciteerde heeft ingeschakeld. Deze personen beschikken over de informatie en hun inschakeling bij projecten van concurrenten is bijgevolg riskant. Zij kunnen de kennis of ervaring die zij hebben verworven bij de oorspronkelijke meester van het geheim onbewust gebruiken voor of overdragen aan deze concurrent. De manier waarop zij bepaalde problemen zullen benaderen zal immers gekleurd zijn door de ervaring die zij reeds hebben opgedaan. Zij zullen daardoor efficiënter kunnen werken omdat zij reeds inzicht hebben in de resultaten die kunnen worden geboekt met bepaalde methodes of reeds beseffen dat bepaalde op het eerste gezicht relevante onderzoekspistes uiteindelijk zinloos zullen blijken. De oorspronkelijke informatieverstrekker kan daarom wensen om niet alleen de informatie als dusdanig, maar ook de personen die haar hebben verworven tijdelijk af te schermen van de markt waarop hij actief is. Het verlies aan controle over het gebruik van de informatie als dusdanig wordt hierdoor gecompenseerd via de

---

<sup>990</sup> <http://www.secinfor.com/dsvRu.6416.c.htm>.

<sup>991</sup> De clausule waarnaar wordt verwezen, voorziet onder meer: “(b) [...] Without limiting the foregoing, each of the parties shall use at least the same procedures and degree of care which it uses to prevent the disclosure of its own confidential information of like importance to prevent the disclosure of Confidential Information disclosed to it by the other party under this Agreement, but in no event less than reasonable care”.

<sup>992</sup> <http://www.secinfor.com/dr6nd.51Cc.b.htm>.

tijdelijke blokkering van de personen die als doorgeefluik van de informatie kunnen fungeren.

Deze niet-concurrentieplicht is ruimer dan het gebruiksverbod dat gepaard gaat met een geheimhoudingsplicht. Zij verbiedt immers niet alleen het *gebruik van de kennis*, maar ook de inschakeling van de personen die deze kennis hebben verworven. De vrees is namelijk dat zij de informatie minstens onbewust zullen gebruiken of verspreiden. Deze niet-concurrentieplicht dient dan ook te voldoen aan de normale vereisten die gelden voor het niet-concurrentiebeding aangezien zij niet zozeer het gebruik van de informatie viseert, maar wel de inschakeling van de personen die op de hoogte zijn van deze informatie. Deze beperkingen hoeven niet te voldoen aan de vereisten van de Arbeidsovereenkomstenwet aangezien het in deze hypothese gaat om een engagement van de werkgever om bepaalde personen niet bij bepaalde projecten in te schakelen. Dit impliceert als dusdanig niet dat deze werknemers geen gepaste tewerkstelling zullen kunnen genieten in het raam van hun functie en al helemaal niet dat zij zouden worden ontslagen.

**303. Bijkomende formaliteiten voor het beroep op de uitzondering?** De partijen kunnen trachten om betwisting te vermijden door te voorzien in een kennisgevingsplicht. De geheimplichtige die voorziet dat hij zich op de uitzondering zal moeten beroepen, dient de meester van het geheim dan op de hoogte te stellen van dit feit. Deze verplichting kan worden gekoppeld aan een mechanisme om eventuele geschillen over het precieze gebruik op korte termijn te beslechten. Een kennisgevingsplicht zal in de praktijk echter niet altijd werkbaar zijn. Het gebruik van de informatie kan onbewust gebeuren en bovendien kan de geheimplichtige zelf tot geheimhouding verplicht zijn ten aanzien van zijn nieuwe opdrachtgever (bv. over de modaliteiten van de nieuwe opdracht), wat betekent dat hij weinig details zal kunnen verstrekken die toelaten om het risico van deze opdracht in te schatten. De meester van het geheim zal daardoor zelden over voldoende informatie beschikken om juridische stappen te ondernemen tegen oneigenlijk gebruik van een *residual information clause*.

## 2.4 Richtlijnen bij de omschrijving van de geheim te houden zaak

**304. Combinatie van meerdere criteria.** Het is ten tijde van de contractsluiting niet altijd mogelijk om tot in detail te bepalen welke informatie al dan niet onder de geheimhoudingsplicht valt. Het is daarom aan te raden om te voorzien in terugvalmechanismen waarbij onvoorziene informatieverstrekkingsen toch in aanmerking komen voor geheimhouding. De combinatie van meerdere criteria verduidelijkt daarbij de wil van de partijen. Dit verhoogt de voorspelbaarheid van de rechterlijke interpretatiewerkzaamheden aangezien de rechter rekening moet houden met alle contractueel bedongen criteria. Hij mag deze criteria interpreteren, maar kan hen niet zonder meer negeren (*cf.* art. 1157, 1158 en 1161 BW).

De overeenkomst kan zowel een abstracte definitie als een niet-limitatieve lijst<sup>993</sup> bevatten met een concrete opsomming van informatie waarvan het vertrouwelijke karakter expliciet wordt bevestigd. De combinatie van deze criteria vereenvoudigt de bewijsvoering voor de meest gevoelige informatie (of althans de makkelijkst te bepalen informatie) terwijl de abstracte omschrijving een terugvalspositie biedt voor informatie die niet voorkomt in de opsomming (omdat zij bv. te algemeen is, niet belangrijk genoeg of nog niet *in concreto* was voorzien op het tijdstip van de contractsluiting).

**Voorbeeld:** “Confidential Information shall mean any [...], and any specific information identified in an attachment referring to this Agreement and signed by the parties”<sup>994</sup>.

De abstracte omschrijving kan bovendien worden gekoppeld aan specifieke formaliteiten. Het is van belang om op te merken dat de naleving van deze formaliteiten niet noodzakelijk is voor de specifiek opgesomde informatie. De geheimhoudingsplicht ten aanzien van deze informatie vloeit rechtstreeks voort uit de vermelding ervan in de overeenkomst.

De United States Air Force sluit een *Cooperative Research and Development Agreement* (CRADA) met een producent van *munition assembly systems* genaamd Spectrum<sup>995</sup>. De CRADA voorziet in een geheimhoudingsplicht (art. 7). Het voorwerp van de geheimhoudingsplicht wordt in de eerste plaats bepaald door een abstracte omschrijving van zogenaamde *proprietary information* (art. 2.9). Deze viseert vertrouwelijke technische, commerciële of financiële informatie die (i) niet algemeen bekend of verkrijgbaar is via derden; (ii) niet openbaar werd gemaakt door de meester van het geheim; (iii) niet beschreven is in een reeds verstrekt octrooi of een door auteursrechten beschermd werk of op enige andere wijze verkrijgbaar is voor het publiek zonder geheimhoudingsplicht; of (iv) wettelijk geheim mag worden gehouden; en (v) als vertrouwelijk werd aangemerkt. Daarnaast somt artikel 5.1.1 van appendix A bij de overeenkomst concrete gegevens op die per definitie te beschouwen zijn als *proprietary information* (informatie i.v.m. het op locatie assembleren van munitie voor bommenwerpers). De luchtmacht verbindt er zich toe deze informatie vertrouwelijk te behandelen overeenkomstig artikel 7. Deze verplichting blijkt na enige tijd niet te zijn nageleefd. De informatie werd integendeel zonder enige terughoudendheid verspreid. De luchtmacht verweert zich met de stelling dat Spectrum de informatie in kwestie niet als vertrouwelijk had bestempeld, zodat niet voldaan was aan punt (v) van artikel 2.9. Er blijkt inderdaad niet voldaan te zijn aan deze dwingende contractuele bepaling. De vraag rijst of de informatie hierdoor buiten het toepassingsgebied van de geheimhoudingsplicht valt. De rechtbank gaat hiervoor over tot een interpretatie van de overeenkomst. Zij komt daarbij tot de vaststelling dat de informatie van artikel 5.1.1 appendix A *ipso facto* onder de geheimhoudingsplicht van artikel 7 valt. Zij is daardoor automatisch vertrouwelijk in het raam van de overeenkomst, zonder dat daarbovenop moet voldoen zijn aan de bepalingen van punt (v) van artikel 2.9. De Amerikaanse rechter wijst de interpretatie dat de *ipso facto* als vertrouwelijk te behandelen

<sup>993</sup> In de Anglo-Amerikaanse rechtsterminologie worden dergelijke opsommingen doorgaans gestipuleerd via de bewoordingen “including, but not limited to [...]”. Een alternatieve formulering is bv. “The parties to the present Agreement agree that Annex 1 attached to the present Agreement serves merely to clarify matters, that it is not final” ([www.alligator-ventilfabrik.de](http://www.alligator-ventilfabrik.de)).

<sup>994</sup> [jpkdesigns.com/microsun/sales/pdf/Supplier%20Mutual%20NDA%20version%20031507.pdf](http://jpkdesigns.com/microsun/sales/pdf/Supplier%20Mutual%20NDA%20version%20031507.pdf).

<sup>995</sup> United States Court of Federal Claims 8 december 2008, *Spectrum Sciences and Software v. the United States*, 84 Fed.Cl. 716.

informatie ook formeel als vertrouwelijk bestempeld had moeten zijn af. Zij zou immers elk nut ontnemen aan de inhoud van artikel 5.1.1 Appendix A. Deze interpretatie, die rekening houdt met elk van de contractuele bepalingen, is op basis van de artikelen 1157, 1158 en 1161 BW eveneens de meest waarschijnlijke uitkomst naar Belgisch recht.

De volgende clause combineert een vereiste van schriftelijkheid, bestempeling en verplichting tot voorafgaande mededeling aan een specifieke persoon die de bevoegdheid heeft om een partijbeslissing te nemen ten aanzien van de informatie. Het uitgangspunt van deze clause is dat de geviseerde informatie niet geheim is, tenzij de informatie schriftelijk (of alleszins op tastbare wijze) is vastgelegd, als dusdanig werd bestempeld wanneer zij wordt overgedragen en op voorwaarde dat zij eerst werd gecommuniceerd aan een bepaalde persoon die instemt met het vertrouwelijke karakter:

**Voorbeeld:** “10 Confidentiality. The proceedings of a COMMITTEE shall be regarded as non confidential except as expressly provided below and all information submitted to a COMMITTEE shall be treated as if non-confidential and shall be available for public inspection unless: the information is in written or other tangible form; and the information is identified in writing, when submitted, as confidential; and the information is first submitted to, and accepted by, the chairman of the COMMITTEE as confidential [...]”<sup>996</sup>.

**305. Differentiatie t.a.v. van het type informatie.** De partijen kunnen verschillende categorieën van informatie uitwerken in de overeenkomst (bv. een categorie “zeer vertrouwelijk” en “vertrouwelijk”). Deze opsplitsing laat toe om verschillende types informatie op een andere manier te behandelen. Zo kan de overeenkomst voorzien in een bevestigingsplicht van de wil tot geheimhouding ten aanzien van bepaalde informatie, terwijl deze wil voor andere types van informatie zonder meer wordt vermoed. De opsplitsing laat de partijen tevens toe om het bedrag van het schadebeding nauwkeuriger af te stemmen op de reële schade waartoe een inbreuk op de geheimhoudingsplicht zou leiden voor elk type van informatie.

Deze techniek is nuttig voor ondernemingen die een globaal beveiligingsregime wensen uit te werken voor de informatie waarover zij beschikken. De verschillende categorieën kunnen een onderscheid maken naargelang het type informatie, de persoon die in het bezit is van de informatie of de locatie waar de informatie is opgeslagen. Deze categorieën worden dan aangewend om elke werknemer of bezoeker (bv. onderaannemers of cliënteel) van de onderneming een gepaste toegang tot de informatie te bieden. Locaties die toegankelijk zijn voor derden riskeren het vertrouwelijke karakter van informatie die daar beschikbaar is namelijk teniet te doen<sup>997</sup>. Het toegangsniveau van een bepaalde persoon is gepast wanneer zij niet verder gaat dan wat strikt noodzakelijk is voor de uitvoering van diens taak. Niet elk

---

<sup>996</sup> [http://www.etsi.org/WebSite/document/Legal/ETSI\\_IPR-Policy.doc](http://www.etsi.org/WebSite/document/Legal/ETSI_IPR-Policy.doc).

<sup>997</sup> Cass. com. (fr.) 23 november 1971, nr. 70-12525, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr) (de bodemrechter kan uit vaststelling dat de tests plaatsvonden in een private locatie waartoe uitsluitend personeelsleden van het bedrijf toegang hadden soeverein afleiden dat de uitvinding geen publiek karakter had op het tijdstip van de octrooiaanvraag).

personeelslid of elke bezoeker heeft immers nood aan toegang tot alle gevoelige informatie of tot alle locaties in de bedrijfsgebouwen.

De loutere miskenning van het opgezette beveiligingsregime resulteert in een contractuele fout (althans indien de persoon in kwestie contractueel verplicht is tot de naleving ervan)<sup>998</sup>. Zo is de loutere (poging tot) toegang tot bepaalde informatie of tot een bepaalde locatie waartoe men niet gerechtigd is reeds een wanprestatie. Deze wanprestatie kan ten aanzien van werknemers een rechtvaardiging opleveren voor een ontslag om dringende reden<sup>999</sup>.

Een werknemer die was opgezegd door het bedrijf werd tijdens de opzegtermijn betrappt op het optekenen van bedrijfsgeheimen over een fabricageproces in een afdeling waar hij niet tewerk was gesteld. Hij werd daarop ontslagen om dringende reden. De werknemer vocht dit ontslag aan en argumenteert dat de gemaakte notities niet als dusdanig toelieten om het productieproces te reproduceren, dat hij geen kwade bedoelingen had, dat werknemers die wel waren tewerkgesteld in de afdeling wel toegestaan was om notities te nemen en dat hij de notities nam uit louter wetenschappelijke interesse. De rechter acht echter deze argumenten onvoldoende om het zwaarwichtig karakter van de dringende reden te ontnemen<sup>1000</sup>. Het zichzelf verschaffen van toegang tot geheime informatie op een locatie waar men niet aanwezig hoefde te zijn in het kader van zijn functie kan bijgevolg als dusdanig een voldoende zwaarwichtige reden zijn voor ontslag.

De werkgever moet voor de legitimiteit van het ontslag om dringende reden kunnen staven dat de werknemer niet gerechtigd was om kennis te nemen van de informatie in kwestie. Zo is het kopiëren van klantenadressen geen dringende reden wanneer de functie van de werknemer zich uitstrekt tot het opvolgen van het klantenbestand en haar een grote autonomie laat, terwijl geen enkel misbruik van de informatie of verbod tot toegang wordt bewezen<sup>1001</sup>. Het inkijken door de werknemer van vertrouwelijke weddeninformatie maakt evenmin een dringende reden tot ontslag uit wanneer de werkgever deze gegevens op het interne, voor iedereen toegankelijk, netwerk van het bedrijf heeft gezet, daar waar het technisch zeer goed mogelijk was om de loonberekening volledig af te schermen voor het personeel<sup>1002</sup>.

De implementatie van een dergelijk systeem is tevens nuttig voor de bescherming van het zakengeheim in een buitencontractuele context. Dergelijke

---

<sup>998</sup> Dit vermijdt bijvoorbeeld rechtspraak zoals het vonnis van de Kantonrechtbank Haarlem van 4 juli 2007 (Kantonrechtbank Haarlem 4 juli 2007, 333166/CV EXPL 06-13015, LJN: BA9686). Een werknemer had geheime bedrijfsinformatie verzonden naar zijn privé e-mailadres. De rechter stelt echter vast dat de geheimhoudingsplicht niet is geschonden omdat niet is aangetoond dat de informatie vervolgens werd doorgegeven aan derden. De miskenning van duidelijke instructies (bv. een uitdrukkelijk kopieerverbod) over de handelingen die de werknemers mogen stellen ten aanzien van de informatie zou daarentegen als dusdanig resulteren in een contractuele wanprestatie.

<sup>999</sup> Cf. Cour d'appel Dijon (Chambre sociale) 11 februari 1987, Alsthom / Pardon, nr. JurisData: 1987-046298 (het ontslag om dringende reden werd onder meer gestaafd met de miskenning van de instructies van de werkgever).

<sup>1000</sup> Wrr. Ber. Brugge 13 september 1968, *TSR* 1969, 17.

<sup>1001</sup> Arbh. Brussel 23 juni 1998, *Soc. Kron.* 1999, 483.

<sup>1002</sup> Arbrb. Mechelen 22 oktober 2002, *Soc. Kron.* 2003, 201.

beveiligingsmaatregelen wijzen namelijk op een wil tot geheimhouding bij de meester van het geheim en kunnen gelden als redelijke maatregel tot geheimhouding.

Voor de concrete uitwerking van een classificatiesysteem kan bijvoorbeeld worden verwezen naar de werking van de officiële classificatiesystemen voor de bescherming van vertrouwelijke overheidsinformatie. Het Belgische systeem<sup>1003</sup> bestaat uit drie niveaus: zeer geheim, geheim en vertrouwelijk (art. 4). Het determinerende criterium voor de classificatie is de mate waarin de niet-geëigende aanwending van de informatie schade zou toebrengen aan een aantal nationale belangen (art. 3). Onder niet-geëigende aanwending wordt onder meer gerekend: de kennisname, het bezit, de bewaring, het gebruik, de verwerking, de mededeling, de verspreiding, de reproductie, de overzending of het vervoer van de informatie (art. 4). De combinatie van verschillende types geclassificeerde informatie leidt tot de toekenning van een classificatie aan het geheel die minstens even hoog is als de hoogste classificatie van één van de constitutieve bestanddelen (art. 5). Een vaststelling is dat de informatie gecompartmentaliseerd blijft. Een persoon met een theoretisch toegangsrecht tot een bepaalde categorie van informatie beschikt niet over een ongelimiteerd toegangsrecht tot alle overheidsinformatie die als dusdanig is geclassificeerd. De daadwerkelijke toegang tot specifieke informatie vereist naast een gepaste veiligheidsmachtiging steeds een concrete en reële nood in het raam van de functie van de informatieverkrijger (art. 8). Het is evenmin zo dat informatie van de hoogste categorie slechts op zeer beperkte schaal wordt verspreid terwijl informatie van de laagste categorie wijd verspreid en daardoor minder duurzaam zou zijn. Het is evenzeer mogelijk dat informatie die tot de minst vertrouwelijke categorie behoort minder toegankelijk is dan bepaalde “zeer geheime” informatie indien slechts een beperkt aantal personen een reële nood hebben aan toegang tot deze informatie.

### 3. Bepaling van de te leveren geheimhoudingsprestatie

**306. Te leveren prestatie ten aanzien van de zaak.** Het beoogde rechtsgevolg van geheimhoudingsbedingen of –overeenkomsten is dat de geheimplichtige zich onthoudt van een verspreiding of gebruik voor andere dan de contractueel toegestane doeleinden. Deze verplichting kan actieve inspanningen impliceren in de vorm van de verplichting om beschermingsmaatregelen te treffen. Dit beoogde rechtsgevolg moet worden bereikt ten aanzien van alle informatie die voldoet aan de contractuele definitie van vertrouwelijkheid en die wordt meegedeeld tijdens de periode waarin het *disclosure window* actief is. Het hierboven beschreven “lijdend voorwerp” van de prestatie behoort weliswaar strikt genomen niet tot het voorwerp van de verbintenis. Het is namelijk niet deze zaak als dusdanig die wordt beloofd, maar wel een prestatie ten aanzien van deze zaak. Zij heeft daardoor het statuut van een *support requis, mais non promiss*<sup>1004</sup>. Deze vaststelling neemt niet weg dat de overeenkomst duidelijk moet maken welke (im)materiële zaak betrokken is bij de geheimhoudingsprestatie. De overeenkomst moet met andere woorden ook de nodige gegevens bevatten voor de

<sup>1003</sup> Wet van 11 december 1998 betreffende de classificatie en de veiligheidsmachtigingen, veiligheidsattesten en veiligheidsadviezen, BS 7 mei 1999.

<sup>1004</sup> Zie uitgebreid: A.S. LUCAS-PUGET, 156-161, nr. 283-295.



bepaling van dit “lijdend voorwerp” van de prestatie. Het *in concreto* beloofde resultaat bestaat immers uit de levering van een prestatie ten aanzien van deze zaak. Zij kan onmogelijk in het ijle worden geleverd.

### 3.1 Verspreidingsverbod

#### 3.1.1 Onthoudingsplicht

**307. Verbod tot actieve verspreiding - loutere verspreiding is een wanprestatie, zelfs al wordt de informatie niet publiek bekend.** De verbintenis tot geheimhouding bestaat in de eerste plaats uit een verbod om de informatie actief te verspreiden. Men dient als uitgangspunt te nemen dat elke verspreiding verboden is, tenzij de overeenkomst haar toelaat. Elke (niet-toegestane) verspreiding van de informatie *aan een niet-toegestane informatieverkrijger* is in beginsel een wanprestatie. Deze onthoudingsplicht heeft een ruimere draagwijdte dan een louter verbod om de informatie publiek bekend te maken. De vaststelling dat de informatie niet algemeen toegankelijk of bekend wordt door de verspreiding, heft de onrechtmatigheid van deze gedraging bijgevolg niet op. Ook de mededeling van de informatie aan (niet-toegestane) derden die beslissen om de informatie niet verder te verspreiden is een wanprestatie<sup>1005</sup>. Zelfs de mededeling aan een niet-geïnteresseerde (en niet-toegestane) derde blijft een wanprestatie. Dit stelt de meester van het geheim immers bloot aan een verdere verspreiding naar derden die wel geïnteresseerd zijn in de informatie. Het gaat te ver om *a contrario* uit deze vaststelling af te leiden<sup>1006</sup> dat de informatie haar geheime karakter verliest zodra zij in weerwil van de geheimhoudingsplicht wordt megedeeld aan één persoon die niet gehouden is door een (contractuele of buitencontractuele) geheimhoudingsplicht. Zoals vastgesteld, beschermt de geheimhoudingsovereenkomst een feitelijke situatie waarin personen die nuttig gebruik zouden kunnen maken van de informatie deze toch (nog) niet bezitten. Het loutere feit dat één persoon kennis kreeg van de informatie via een lek in het netwerk van vertrouwelingen van de meester van het geheim impliceert nog niet dat deze informatie publiek bekend of zelfs maar publiek toegankelijk is. Men moet in deze hypothese alleen vaststellen dat de geheimhoudingsplicht geschonden is, maar niet dat zij hierdoor *ipso facto* elke bestaansreden verliest.

---

<sup>1005</sup> Een dergelijke mededeling heeft alleen een mogelijke invloed op de omvang van de schade, al naargelang deze derden de informatie vervolgens voor eigen rekening aanwenden en de mate waarin deze derden gehouden kunnen zijn door een buitencontractuele geheimhoudingsplicht (bv. indien men aanvaardt dat zij zich behoren te onthouden van verder gebruik of verspreiding van de informatie zodra zij op de hoogte worden gebracht van de onrechtmatige bron van de informatie) in ten voordele van de oorspronkelijke meester van het geheim.

<sup>1006</sup> Zie in die zin: C. VUILLEMIN-GONZALEZ, 279: “Une information qui fait l’objet d’une obligation de non-divulgaration ne doit, en aucun cas être communiquée par celui qui la détient ne serait-ce qu’à une seule personne non concernée par un engagement de non-divulgaration. Si cela est le cas, elle est considérée comme étant divulguée et perd, de ce fait, toute confidentialité. [...] Il faut savoir qu’une personne qui obtient, d’une façon ou d’une autre, communication de l’information confidentielle alors même qu’elle est étrangère au cercle des confidents prévus ou des détenteurs initiaux de l’information en question, n’est soumise à aucune interdiction de divulgation et demeure, par conséquent, libre de la diffuser en toute impunité, la rendant ainsi accessible au public”.

De vaststelling dat elke verspreiding in beginsel verboden is zelfs indien de informatie niet publiek bekend wordt, impliceert dat niet alleen de verspreiding van informatie buiten, maar ook de verspreiding binnen de onderneming<sup>1007</sup> verboden is tenzij de overeenkomst dit toestaat. Een verspreiding binnen de onderneming zal naargelang de context wel sneller als legitiem beschouwd worden in het licht van de vrijheid van meningsuiting (*infra* randnr. 225).

**308. Verspreidingsverbod is een verbintenis om iets niet te doen.** Het verspreidingsverbod is een verbintenis om iets niet te doen<sup>1008</sup>. Deze kwalificatie maakt haar in beginsel een resultaatsverbintenis<sup>1009</sup>. De wil van de partijen is bij een typische verbintenis om iets niet te doen (met inbegrip van de geheimhoudingsplicht) namelijk niet louter gericht op een inspanning om iets niet te doen. De schuldenaar verbindt zich in principe integendeel tot het resultaat dat hij daadwerkelijk de verboden handeling zal nalaten. Deze resultaatgerichtheid vloeit ook voort uit de aard van de typische verbintenis om iets niet te doen. De schuldenaar verbindt zich tot een afgelijnde prestatie waarbij toeval of onzekerheid in principe geen rol speelt en waarbij hij slechts passief moet blijven<sup>1010</sup>. De wanprestatie is, behoudens overmacht, rechtstreeks te wijten aan de schuldenaar of de personen waarvoor hij moet instaan om toch niet passief te blijven. Zij kunnen bijvoorbeeld een geheimhoudingsplicht of een bouwverbod uit het oog verliezen of opzettelijk miskennen. De succesvolle realisatie van dergelijke verbintenissen staat of valt bijgevolg (weerom behoudens overmacht) met een inwendige beslissing van de schuldenaar (of een persoon waarvoor hij moet instaan). Zij is niet afhankelijk van externe factoren -zoals praktische moeilijkheden en de onzekerheid die eigen is aan de realiteit- die de schuldenaar al dan niet zou kunnen overkomen door zijn inspanningen.

---

<sup>1007</sup> Cf. Cass. soc. (fr.) 30 juni 1982, nr. 80-41.114, *Bull. Civ.* 1982, V, nr. 314; Cour d'appel Aix en Provence (9<sup>e</sup> kamer, B) 27 november 2003, 2003-235108 (de werknemer is gebonden aan een geheimhoudingsbeding dat hem verbiedt om geheime informatie te onthullen "à qui que ce soit". Hij deelt zonder toestemming geheime informatie mee aan de ondernemingsraad. Hij beweert dat dit niet resulteert in een miskenning van zijn geheimhoudingsplicht omdat de zogenaamde "reporting financier vers le groupe" deel uitmaakt van zijn taakomschrijving. Het hof stelt echter vast dat het informeren van werknemersafgevaardigden niet kadert binnen deze functie en dat het de taak van de werkgever is om de modaliteiten van de kennisgeving aan de ondernemingsraad te bepalen. Het ontslag om dringende reden naar Frans recht wordt daarom goedgekeurd).

<sup>1008</sup> Zie onder meer voor België: A. WYVEKENS, "Observations sur l'obligation de ne pas faire", *Ann. Dr. Louvain* 1995, (319) 322-323; R. VAN LENNEP, *De geheimhouding*, Antwerpen, Standaard, 1950, 188; Frankrijk: A. LATRAILLE, "Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat (1<sup>re</sup> partie)", *Petites Affiches* 2006, 4, nrs. 104-106; M. VIVANT, "Les clauses de secret" in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Aix-Marseille, PU Aix-Marseille, 1990, (101) 101, nr. 1; R.-Y. NGO-NDJIGUI, *Le secret des affaires dans le droit des pays de l'espace OHADA et en droit français*, thésis universiteit Lille II, 2005, 125.

<sup>1009</sup> België: N. VERHEYDEN-JEANMART, "La charge de la preuve" in *La preuve*, Colloquium 12 en 13 maart 1987, UCL, (1) 39. Frankrijk: G. VIRASSAMY, "Les limites à l'information sur les affaires d'une entreprise", *RTD com.* 1988, (179) 199; S. GERARD, 215-218 en de verwijzingen aldaar.

<sup>1010</sup> Zie voor de onderscheidingscriteria tussen resultaats- en inspanningsverbintenissen o.m.: P. WERY, *Droit des obligations*, I, *La théorie générale du contrat*, 2010, 482-486; B. DEMARSIN, *Expertise, veiling en certificaten in de kunsthandel in Recht en onderneming*, Brugge, die Keure, 2009, 24, nr. 20 *et seq.*; S. GERARD, 216-218.

De kwalificatie van het verspreidingsverbod als resultaatsverbintenis heeft tot gevolg dat de aansprakelijkheid van de geheimplichtige wordt vermoed van zodra het resultaat niet wordt bereikt, met andere woorden van zodra vaststaat dat hij de vertrouwelijke informatie heeft verspreid<sup>1011</sup>. Hij moet bewijzen dat deze wanprestatie niet toerekenbaar is aan hem, bijvoorbeeld omdat hij werd geconfronteerd met overmacht. Zolang het voorwerp van de overeenkomst niet wordt uitgehold, staat niets de partijen in de weg om deze verbintenis af te zwakken naar een inspanningsverbintenis.

**Voorbeeld:** “Licensee understands that the system is of a confidential nature and therefore agrees that licensee shall exercise due and reasonable care to not either knowingly or negligently sell, grant, convey, make available or in any other manner disclose to a third party the system licensed herein”<sup>1012</sup>.

**309. Geheimhoudingsplicht als resultaatsverbintenis vereist nog steeds dat de geheimplichtige aan de basis ligt van de inbreuk.** De kwalificatie van de verbintenis tot geheimhouding als resultaatsverbintenis mag niet worden uitgelegd alsof de geheimplichtige ook zou moeten instaan voor verspreidingen (resp. gebruik) die niet naar hem terug te leiden zijn<sup>1013</sup>. De ongeoorloofde informatieverstreking moet nog steeds *toerekenbaar zijn aan de geheimplichtige*. Deze laatste belooft alléén maar dat hij, of een persoon waarvoor hij moet instaan, niet aan de basis zal liggen van een niet-toegestane verspreiding of een niet-toegestaan gebruik. De meester van het geheim moet eerst bewijzen dat het lek zijn oorsprong vindt bij de geheimplichtige. Vervolgens moet hij bewijzen dat dit te wijten is aan een gebrek aan voldoende inspanningen bij een inspanningsverbintenis of kan hij volstaan met het bewijs dat het beloofde resultaat niet is bereikt bij een resultaatsverbintenis. De geheimplichtige kan ten slotte hetzij aantonen dat hij voldoende inspanningen leverde (of werd geconfronteerd met overmacht - inspanningsverbintenis), hetzij geconfronteerd werd met overmacht (resultaatsverbintenis), hetzij zich eenvoudigweg neerleggen bij zijn aansprakelijkheid (garantieverbintenis). Zonder een voorafgaand bewijs van toerekenbaarheid komt zijn aansprakelijkheid niet in het gedrang. De meester van het geheim zou weliswaar in de verleiding kunnen komen om de geheimplichtige volstrekt te doen instaan voor het behoud van het geheime karakter van de informatie, zodat hij zelfs aansprakelijk is wanneer zijn onderneming niet aan de basis ligt van de verspreiding van de informatie. Deze verplichting gaat echter een stap te ver. De meester van het geheim heeft hierdoor enerzijds amper nog een belang om de informatie zelf op zorgvuldige wijze te bewaren. De geheimplichtige is immers toch steeds aansprakelijk. Anderzijds kan de geheimplichtige onmogelijk maatregelen treffen die bijvoorbeeld een onafhankelijke ontwikkeling door derden of een ongeoorloofde verspreiding door de meester van het geheim zouden voorkomen. Deze onevenwichtige verdeling van de wederzijdse rechten en plichten riskeert dan ook uit te monden in een onmogelijk voorwerp en minstens het voorwerp van de

---

<sup>1011</sup> Cour d’appel Parijs 17 februari 1997, *JCP G* 1998, II, nr. 10000, noot B. FAGES. Voor dit algemene principe i.v.m. resultaatsverbintenissen zie o.m. A. PLANCQUEEL, “Obligations de moyens, obligations de résultat”, *RTD Civ.* 1972, (334) 334-335.

<sup>1012</sup> F. NAMOUR, 216-217, nr. 509.

<sup>1013</sup> Zie anders: C. VUILLEMIN-GONZALEZ, 299.

overeenkomst uit te hollen voor de geheimplichtige. De meester van het geheim kan wel trachten om de bewijslast op het vlak van de verantwoordelijkheid voor het lek te vergemakkelijken door het sluiten van een bewijsovereenkomst.

### 3.1.2 Beveiligingsplicht

**310. Verplichting tot actieve beveiliging tijdens de geheimhoudingsplicht.** De verbintenis om de informatie niet te verspreiden impliceert niet alleen een verplichting voor de geheimplichtige om passief te blijven. De effectieve naleving ervan vereist actieve maatregelen van de geheimplichtige die het verspreidingsgevaar minimaliseren van de informatie die hij onder zijn hoede heeft<sup>1014</sup>. Dit zijn verbintenissen om iets te doen<sup>1015</sup>. Men kan hierbij onder meer denken aan het beperken van de toegang tot gevoelige locaties<sup>1016</sup> door sloten en bewakingsagenten, het versleutelen van e-mails, het voorzien van paswoorden op computers, het registreren en nummeren van afgedrukte documenten, het verstrekken van duidelijke instructies tot geheimhouding aan ondergeschikten, het markeren van vertrouwelijke documenten, etc. Deze actieve component van de geheimhoudingsplicht kan een inspanningsverbintenis zijn. De geheimplichtige is dan van zijn aansprakelijkheid ontdaan door aan te tonen dat hij alle redelijke inspanningen ondernam opdat het vertrouwelijke karakter behouden zou blijven van de informatie waarover zijn onderneming beschikt.

Wanneer een werknemer geheime bedrijfsinformatie naar zijn privé e-mailadres stuurt, miskent dit als dusdanig niet het verbod om informatie te verspreiden *aan derden*<sup>1017</sup>. Deze handeling openbaart de informatie immers nog niet aan derden. Dit strookt echter niet met de beveiligingsplicht ten aanzien van de informatie. Deze verplichting vereist dat de geheimplichtige actief maatregelen neemt voor de

---

<sup>1014</sup> C. VUILLEMIN-GONZALEZ, 319, nr. 401. Zie bv. naar Frans recht (i.v.m. de Franse Wet nr. 78-17 van 6 januari 1978 *relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*): Trib. Corr. Briey 15 september 1992, *Gaz. Pal.* 16 februari 1994, nr. 47, somm. 11 (nr. JurisData: 1992-605229).

<sup>1015</sup> O.m. A. LATRAILLE, "Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat (1re partie)", *Petites Affiches* 2006, 4, nr. 107.

<sup>1016</sup> Het toestaan van een lang bezoek van concurrenten aan de bedrijfsterreinen kan een inbreuk zijn op de geheimhoudingsplicht wanneer dit hen in staat stelt de productiemethodes van het bedrijf te analyseren (Cass. soc. (fr.) 25 maart 1981, AR 79-40.976, nr. JurisData: 1981-701496).

<sup>1017</sup> Cf. Kantonrechtbank Haarlem 4 juli 2007, 333166/CV EXPL 06-13015, LJN: BA9686. Zie en vgl. Kantonrechtbank Almelo 6 oktober 2009, LJN BJ9802. In dit laatste geval registreerde een werknemer een vertrouwelijke vergadering via zijn iphone. Deze opname werd vervolgens op CD-ROMs gebrand als geheugensteun en met het oog op de vertoning ervan op een samenkomst met collega's die allen aanwezig waren op de oorspronkelijke vergadering. Na deze samenkomst blijken drie van de tien gebrande CD-ROMs verdwenen te zijn en zij vinden hun weg naar de pers. Er is echter geen bewijs dat de werknemer in kwestie deze CD-ROMs heeft gelekt aan de pers. De rechtbank stelt dan ook geen schending van het geheimhoudingsbeding vast. Dit strookt met een restrictieve lezing van het geheimhoudingsbeding (dat alleen de mededeling van geheime informatie aan derden viseerde). Men moet echter vaststellen dat de opname van de vergadering heeft geleid tot de minstens onrechtstreekse verspreiding van de informatie. Zelfs indien men zou aanvaarden dat de werknemer deze opnames mocht maken (waarvan men kan betwijfelen dat het een toegestane handeling was), zou deze laatste nog steeds moeten bewijzen dat het verlies van deze opnames niet zijn eigen onzorgvuldigheid te wijten is. De bescherming van informatie door een verbod om de informatie actief te verspreiden riskeert namelijk weinig effectief te zijn indien dit niet gepaard gaat met een verplichting om beschermingsmaatregelen te treffen voor de informatie die men verkrijgt.

beveiliging van de informatie tegen een onrechtstreekse verspreiding. Dit impliceert *a fortiori* dat de geheimplichtige zich zou moeten onthouden van handelingen die niet kaderen in het toegestane gebruik van de informatie en die het geheime karakter van de informatie nodeloos in gedrang brengen, zoals het niet-toegestane kopiëren en verzenden van de informatie naar een (e-mail)adres dat zich buiten de beveiligde omgeving van de onderneming bevindt<sup>1018</sup>.

De clause kan in detail treden over de draagwijdte van deze actieve geheimhoudingsplicht. De overeenkomst kan uitdrukkelijk voorzien in maatregelen die de geheimplichtige moet treffen. Dergelijke afdoende omschreven maatregelen zijn resultaatsverbintenissen.

**Voorbeeld:** “I undertake to ensure that any documents which are in my possession will be safeguarded and will be kept in a locked place to which free access is not available”<sup>1019</sup>.

De partijen kunnen nalaten om een dergelijke detailregeling te voorzien en in plaats daarvan een open norm stipuleren (eigen zorg, redelijke zorg of beste zorg (die evenzeer binnen de mate van het redelijke blijft)). Dit geeft de geheimplichtige enige beslissingsmarge bij de implementatie van de veiligheidsmaatregelen. Een clause in het voordeel van de geheimplichtige stipuleert dat deze de verkregen informatie minstens met dezelfde zorg moet behandelen als zijn eigen geheimen (“own efforts”). Dit is de goedkoopste en meest efficiënte beschermingswijze *voor de geheimplichtige*. Hij hoeft immers niet te voorzien in afzonderlijke beschermingsmechanismen en zijn bedrijfsvoering wordt niet belemmerd door verregaande beperkingen op de verspreiding van de informatie binnen zijn onderneming<sup>1020</sup>. Deze formulering geeft de geheimplichtige de ruimste beslissingsmarge voor het nemen van veiligheidsmaatregelen. Zij is nadelig voor de meester van het geheim. Hij stelt zich immers bloot aan het risico dat het interne beschermingsniveau van de geheimplichtige erg laag blijkt te zijn. De verbijzondering dat de geheimplichtige minstens een redelijk niveau van bescherming in acht moet nemen (“reasonable efforts” en naargelang de invulling van de terminologie ook “best efforts” genoemd) voor de informatie neutraliseert dit gevaar. Deze toevoeging leidt tot de meest evenwichtige clause.

**311. Betekenis van de *best efforts clause*.** Een clause die de geheimplichtige verbindt tot het leveren van de “beste inspanningen” lijkt op het eerste gezicht zeer in het voordeel te zijn van de meester van het geheim en ernstig in het nadeel van de geheimplichtige.

**Voorbeeld:** “The Receiving Party agrees to: [...] (h) utilize the best efforts possible to protect and safeguard the Confidential Information from loss, theft, destruction, or the like.”<sup>1021</sup>

---

<sup>1018</sup> Zo zag het hof van beroep te Parijs hier een voldoende motivering in voor een ontslag om dringende reden: Cour d’appel Parijs (21<sup>e</sup> kamer, B) 1 februari 2007, nr. JurisData: 2007-327603.

<sup>1019</sup> V. DUHAUT, 232, nr. 180.

<sup>1020</sup> P. KURZ, 50.

<sup>1021</sup> <http://www.freepatentforms.com/confidentiality1.htm>.

“2.2 No Disclosure. Recipient agrees to use its best efforts to prevent and protect the Confidential Information, or any part thereof, from disclosure to any person other than Recipient's employees having a need for disclosure in connection with Recipient's authorized use of the Confidential Information.”<sup>1022</sup>

Intuïtief zou men verwachten dat een *best efforts clause*<sup>1023</sup> de meest verregaande inspanningen vereist. De vaststelling van het beste beveiligingsniveau houdt op het eerste gezicht immers geen rekening met de kost van de maatregelen of met de mate waarin zij de bedrijfsvoering van de geheimplichtige hinderen. Deze *common sense* visie is te bespeuren in de Angelsaksische rechtsstelsels<sup>1024</sup>, maar wordt niet tot in het onredelijke doorgedreven<sup>1025</sup>. De *best efforts* blijken namelijk niet te worden getoetst aan een ideale standaard, maar (behoudens specifieke andersluidende definitie van de partijen) aan datgene wat gelet op de omstandigheden redelijkerwijze mogelijk is voor de schuldenaar<sup>1026</sup>. Zo toetst sommige rechtspraak de inhoud van deze notie aan de vereisten van *good faith*, terwijl andere rechtspraak een strengere maatstaf hanteert (bv. een maatstaf tussen een *good faith*<sup>1027</sup> verplichting en een *fiduciary duty*<sup>1028</sup> dan wel die van de *fiduciary duty* zelf of een ‘*diligence insurance*’<sup>1029</sup>)<sup>1030</sup>. Het is hoe dan

<sup>1022</sup> <http://www.bitlaw.com/forms/nda.html>.

<sup>1023</sup> Zie uitgebreid: D. PHILIPPE, “Les clauses de *best efforts*: analyse de la jurisprudence anglo-saxonne et interprétation des clauses en droit civil” in *Liber Amicorum Guy Horsmans*, Brussel, Bruylant, 2004, 905-941.

<sup>1024</sup> Oorspronkelijk werd een *best efforts* verplichting geïnterpreteerd als een verplichting “to leave no stone unturned” omdat “best endeavours means what it says – it does not mean second best endeavours” en dit leidde tot een *quasi-fiduciary duty* (*Sheffield District Railway v. Great Central Railway* (1911) 27 TLR 451).

<sup>1025</sup> Verenigd Koninkrijk: M. ANDERSON en V. WARNER, *A-Z Guide to Boilerplate and Commercial Clauses*, 94 en 99-103; M. ANDERSON en V. WARNER, *Drafting and Negotiating Commercial Contracts*, 143; Verenigde Staten (Maryland): R. SERGENT, “Do your best with ‘best efforts’: using open contract terms”, *Maryland Bar Journal* 2007, 40-APR Md. BJ 49. Zie tevens naar Engels en Amerikaans recht: L. GORTON, “Best efforts”, *Journal of Business Law* 2002, (143) 152-162 (JBL 2002, MAR, 143-162).

<sup>1026</sup> Verenigd Koninkrijk: *Midland Land Reclamation v. Warren Energy*, (1995) ORB no. 254; *Rackham v. Peek Foods*, (1990) BLC 895; *Pips (Leisure Productions) v. Walton*, (1982) 43 P&CR 415 (“‘Best endeavours’ are something less than efforts which go beyond the bounds of reason, but are considerably more than casual and intermittent activities. There must at least be the doing of all that reasonable persons reasonably could do in the circumstances”); *IBM UK v. Rockware Glass*, (1980, FSR 335 (“[...] if an appeal [...] would have a reasonable chance of success, it could not, in my opinion be said that he had ‘used his best endeavours’ to obtain the planning permission if he failed to appeal”); *Terrell v. Mabie Todd & Coy*, (1952) 69 RPC 234. Ook in *Sheffield District Railway v. Great Central Railway* wordt gesteld dat de inspanningen niet onredelijk hoeven te zijn.

<sup>1027</sup> Farnsworth stelt dat *good faith* en *best efforts* aparte standaarden zijn: “Good faith is a standard that has honesty and fairness at its core and that is imposed on every party to a contract. Best efforts is a standard that has diligence as its essence and is imposed only on those contracting parties that have undertaken such performance. The two standards are distinct and that of best efforts is more exacting” (A. FARNSWORTH, “On trying to keep one’s promises: the duty of best efforts in contract law”, 46 U. Pitt. L. Rev. 1, 8).

<sup>1028</sup> Zie bv. de analyse van Coplan (D. COPLAN, “When is ‘best efforts’ really ‘best efforts’: an analysis of the obligation to exploit in entertainment licensing agreements and an overview of how the term ‘best efforts’ has been construed in litigation”, *Southwestern University Law Review* 2002, 725-735).

<sup>1029</sup> Verenigde Staten: R. PARK, “Putting the ‘best’ in best efforts”, 73 U. Chi. L. Rev. 705, 709 en 718-729.

<sup>1030</sup> Zie uitgebreid: L. LONG, “Best efforts as diligence insurance: in defense of ‘profit über alles’”, *Columbia Law Review* 1730, 1728-1740. Zie voor een overzicht en analyse van de verschillende standaarden die rechtbanken in de VS hanteren: Z. MILLER, “Best efforts? Differing judicial

ook niet betwist dat de *best efforts* clause geen onredelijke verplichtingen met zich kan meebrengen<sup>1031</sup>. De vraag is vervolgens of er nog een verschil is tussen een *best efforts* en een *reasonable efforts* verplichting. Bepaalde rechtspraak stelt dat deze terminologie volstrekt inwisselbaar is<sup>1032</sup>, andere rechtspraak gaat ervan uit dat *reasonable efforts* minder verregaande verplichtingen impliceert dan *best efforts*<sup>1033</sup>. Naar Belgisch recht kan men stellen dat de beste inspanningen strenger kunnen worden ingevuld dan redelijke inspanningen, zonder dat dit mag resulteren in een verplichting om manifest onredelijke inspanningen te leveren voor de bescherming van het geheim.

Een *best efforts clause* heeft slechts betrekking op de precieze zwaarte van de te leveren inspanningen. De invulling van de notie *best efforts*<sup>1034</sup> in de Anglo-Amerikaanse rechtsstelsels gaat niet zo ver als de draagwijdte van een garantie- of resultaatsverbintenis naar Frans en Belgisch recht. De verbintenis om een doelstelling na te streven met *best efforts* blijft een inspanningsverbintenis die de schuldenaar slechts verplicht tot het leveren van inspanningen met het oog op het bereiken van een bepaald resultaat<sup>1035</sup>. De schuldeiser van een *best efforts clause* kan bijgevolg niet

---

interpretations of a familiar term”, 48 Ariz. L. Rev. 615 (“Although the bound party need not spend itself into bankruptcy in order to fulfill its obligation, nor disregard all competing interests or products, the performance burden is high”); Ch. CHAPPUIS, “Les clauses de best efforts, reasonable care, due diligence et les règles de l’art dans les contrats internationaux”, *RDAL* 2002, 281-301 (analyse van zowel Verenigde Staten als Engeland).

<sup>1031</sup> Bepaalde Amerikaanse rechtspraak beschouwt *best efforts* clausules wel als te vaag om afdwingbaar te zijn: Z. MILLER, “Best efforts? Differing judicial interpretations of a familiar term”, 48 Ariz. L. Rev. 615 en de verwijzingen aldaar; zie echter tevens: A. FARNSWORTH, *Farnsworth on contracts*, II, 404-405, nr. §7.17c (“At one time this neglect [nl. amper worden vermeld in de UCC en de second restatement en evenmin worden bestudeerd in de rechtsleer] might have been justified by the belief that a duty defined only in terms of best efforts was too indefinite to be enforceable, but that is not so today”).

<sup>1032</sup> *IBM UK v. Rockware Glass* (1980) FSR 335; A. FARNSWORTH, *Farnsworth on contracts*, II, 405, nr. §7.17c, voetnoot 13 (“the terms ‘best efforts’ and ‘reasonable efforts’ are generally used interchangeably, though it is sometimes suggested that ‘best’ is more demanding than ‘reasonable’”); M. FONTAINE, “‘Best efforts’ ‘reasonable care’, ‘due diligence’ and industry standards in international agreements”, *RDAL* 1988, (1983) 1025; D. PHILIPPE, “Les clauses de *best efforts*: analyse de la jurisprudence anglo-saxonne et interprétation des clauses en droit civil”, (905) 924.

<sup>1033</sup> *UBH (Mechanical Services) v. Standard Life Insurance*, PLB 1987, 7 (8) 60 (de slaagkansen van de verbintenis worden aanvaard als een belangrijk criterium); *P&O Property Holdings v. Norwich Union Life Insurance Society*, (1993) EGCS 69 (in deze zaak wordt gesteld dat de schuldenaar rekening mag houden met de commerciële weerslag van de uitvoering van de verbintenis en niet louter met de technische of operationele aspecten ervan); *Rhodia International Holdings v. Huntsman International*, (2007) EWHC 292 (Comm). In deze laatste zaak wordt gesteld dat het verschil is dat een persoon die redelijke inspanningen hoeft te leveren slechts één redelijke aanpak dient te kiezen uit alle beschikbare alternatieven, daar waar een persoon die zijn beste inspanningen moet leveren verplicht is om alle redelijke alternatieven uit te proberen. Deze stelling lijkt uit het oog te verliezen dat ook een persoon die redelijke inspanningen moet leveren verplicht kan zijn om meerdere meerdere redelijke alternatieven na te streven opdat hij een gepast niveau van inspanning zou bereiken. Zie voor de Verenigde Staten: W. BAXLEY, “Further Assurances”, (605) 612 en de verwijzingen aldaar.

<sup>1034</sup> Alternatieve termen zijn “care” of “endeavours”.

<sup>1035</sup> Zoals Chappuis stelt, leidt de koppeling van een *best efforts* verplichting aan een typische resultaatsverbintenis tot de verzwakking van deze laatste. Het louter niet-bereiken van het resultaat resulteert immers niet als dusdanig in een wanprestatie. Omgekeerd leidt de introductie van een *best efforts* verplichting tot de verzwaring van een inspanningsverbintenis (althans in de mate dat aan de *best efforts* verplichting een strengere invulling wordt gegeven dan een loutere verplichting tot het

volstaan met het bewijs dat het beloofde resultaat niet is bereikt. Hij moet aantonen dat de bedongen inspanningen niet geleverd zijn.

De stipulant van een *best efforts* verplichting stelt zich bloot aan het gevaar dat de drempel van de te leveren inspanningen net wordt verlaagd<sup>1036</sup>. Dit is het geval wanneer de clausule zodanig wordt geïnterpreteerd dat de maatstaf voor de beoordeling van de inspanningen verschuift van een objectief naar een volstrekt gesubjectieerde toetsing. Een schuldenaar met hoge capaciteiten wordt dan onderworpen aan een strengere standaard. Hij wordt meer bepaald verplicht tot het leveren van de beste inspanningen die hij persoonlijk kan leveren in plaats van het leveren van de beste inspanningen die een normaal zorgvuldige medecontractant zou leveren. Een schuldenaar met weinig capaciteiten zal echter tot een minder verregaande standaard worden gehouden omdat de voor hem beste inspanningen lager kunnen liggen dan de inspanningen die een normaal zorgvuldige medecontractant zou leveren.

**312. Contractuele uitwerking van de maatregelen.** Bij gebrek aan enige verbijzondering in de overeenkomst heeft de geheimplichtige een discretionaire bevoegdheid om te oordelen welke maatregelen hij neemt<sup>1037</sup>. Deze bevoegdheid wordt beperkt door de open norm van de goede trouw. De geheimplichtige wordt geacht om minstens de maatregelen te treffen die redelijk zijn gelet op de omstandigheden (zoals de kost of praktische haalbaarheid van de beschikbare beschermingsmaatregelen, het te verwachten risico van verspreiding en de waarde van het geheim). De combinatie van maatregelen die *per se* moeten worden genomen en een open norm blijft uiteraard steeds een optie.

De daadwerkelijke implementatie van overeengekomen maatregelen is een resultaats- of garantieverbintenis. De geheimplichtige verbindt zich in principe niet alleen tot het ondernemen van inspanningen om bepaalde veiligheidsmaatregelen te treffen, maar tot het effectief instellen daarvan (bv. het inschakelen van bewakers voor de controle op de bedrijfsterreinen). Het loutere feit dat de geheimplichtige nalaat om de contractueel vereiste maatregelen te implementeren is een wanprestatie, zelfs al heeft deze tekortkoming (nog) niet geleid tot een ongeoorloofde onthulling van de informatie. De meester van het geheim kan hiertegen optreden door een vordering in kort geding tot het nemen van de gepaste maatregelen, al dan niet in combinatie met een vordering tot ontbinding die de verplichting tot het verstrekken van nieuwe

---

ondernemen van redelijke inspanningen). Ch. CHAPPUIS, “Les clauses de best efforts, reasonable care, due diligence et les règles de l’art dans les contrats internationaux”, *RDAl* 2002, (281) 294.

<sup>1036</sup> C. WITZ en T. BOPP, “Best efforts, reasonable care: considerations de droit allemand”, *RDAl* 1988, (1029) 1037-1038; M. FONTAINE en F. DE LY, 251.

<sup>1037</sup> Cf. wat het algemene principe van de “*Ausführungsfreiheit*” betreft: R. BRUNS, “Recht und Pflicht als Korrespondenzbegriffe des Privatrechts” in *Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag*, Wenen, Beck, 1965, I, (3) 13-16. De schuldenaar moet de door hem beloofde prestatie leveren (het kan daarbij zowel gaan om het bereiken van een bepaald resultaat als het leveren van bepaalde inspanningen om een resultaat na te streven), maar bij gebrek aan specifieke afspraken staat het hem vrij om te bepalen hoe hij dit precies doet.



informatie opheft en waarbij een postcontractuele geheimhoudingsplicht van kracht zou blijven voor de reeds verstrekte informatie.

Deze formuleringen resulteren in beginsel slechts in een inspanningsverbintenis voor de geheimplichtige *ten aanzien van het resultaat* van de veiligheidsmaatregelen. Hij is niet aansprakelijk indien hij aantoont dat hij daadwerkelijk de overeengekomen specifieke resp. gepaste (d.i. de eigen, redelijke of beste) inspanningen heeft geleverd om de ongeoorloofde verspreiding te voorkomen van de informatie die hem werd meegedeeld.

Het *beoogde resultaat van de getroffen veiligheidsmaatregelen* kan op zijn beurt ook het voorwerp uitmaken van een resultaats- of garantieverbintenis. Dit resultaat is te onderscheiden van een verbintenis tot daadwerkelijke implementatie van de vereiste veiligheidsmaatregelen. Het zijn namelijk de maatregelen als dusdanig die hier succesvol moeten zijn. De focus van deze clausule verschuift hierdoor van het nemen van maatregelen naar het resultaat ervan. Bij een resultaatsverbintenis ten aanzien van het resultaat kan hij de aansprakelijkheid voor het falen van zijn maatregelen nog ontlopen door het aantonen van overmacht. Bij een garantieplicht is hij gebonden door een absolute zorgplicht. Zijn aansprakelijkheid staat dan vast zodra het gegarandeerde resultaat van zijn inspanningen (de geheimhouding) uitblijft, ongeacht de verklaring voor deze mislukking.

De geheimplichtige kan moeten instaan voor het succesvolle resultaat van de veiligheidsmaatregelen (m.a.w. kan onderworpen zijn aan een resultaats- of garantieverbintenis voor de vrijwaring van het geheime karakter), maar dit geeft de meester van het geheim niet het recht om de meest verregaande veiligheidsmaatregelen te eisen van de geheimplichtige. Deze kan hetzelfde resultaat bereiken met maatregelen die “slechts” een redelijk niveau van bescherming bieden. De verbintenis ten aanzien van het resultaat van de veiligheidsmaatregelen kadert in de verdeling van het risico van de aansprakelijkheid voor het uitblijven van het resultaat. Indien de overeenkomst bijvoorbeeld geen aanwijzingen bevat voor het nemen van precieze veiligheidsmaatregelen, moet de draagwijdte van deze verbintenis nog steeds worden ingevuld op basis van de goede trouw. De meester van het geheim kan in deze hypothese alleen bijkomende maatregelen vorderen indien hij bewijst dat de daadwerkelijk genomen veiligheidsmaatregelen onvoldoende zijn in het licht van de goede trouw. De veroordeling van de geheimplichtige blijft bovendien beperkt tot het minimum aan bijkomende maatregelen dat vereist is om de drempel van de goede trouw te bereiken. Dat de geheimplichtige gehouden is tot een resultaats- of garantieverbintenis voor het succes van de veiligheidsmaatregelen, betekent bijgevolg niet dat de meester van het geheim de meest verregaande veiligheidsmaatregelen kan vorderen om de succesvolle naleving van de geheimhoudingsplicht veilig te stellen. Het betekent slechts dat de geheimplichtige moet instaan voor het falen van de voorzorgen die hij neemt.

**313. Kopieerverbod en verplichting tot teruggave- en/of vernietiging van documenten na afloop van de basisverhouding.** De reductie van het aantal in

omloop zijnde materiële informatiedragers komt de bescherming van de informatie ten goede. Deze minimalisatie wordt nagestreefd door de toegestane interne verspreiding van de informatie te onderwerpen aan beperkingen. Zo kunnen de partijen stipuleren dat de geïmpliciteerde informatie alleen mag kopiëren indien dit noodzakelijk is voor de doelstellingen van de contractuele relatie (al dan niet met verplichting tot kennisgeving aan de meester van het geheim) of zelfs slechts mits toestemming van de meester van het geheim. Het “kopieerrecht” kan worden gekoppeld aan specifieke voorschriften zoals een verplichting tot kennisgeving aan de meester van het geheim en het inventariseren (bv. de kopijen nummeren en in een register bijhouden bij welke personen zij zich bevinden) of bestempelen van de documenten.

**Voorbeeld:** “The receiving party shall not make copies or reproductions of the disclosing party’s Confidential Information except to the extent reasonably necessary for the purpose of this Agreement”<sup>1038</sup>.

De overeenkomst kan daarnaast voorzien in een teruggave- of vernietigingsplicht. De effectiviteit van deze beschermingsmaatregelen op het terrein is twijfelachtig. De verwijdering van de materiële informatiedragers sluit niet uit dat de informatie op immateriële wijze aanwezig kan blijven in de onderneming, namelijk in het geheugen van haar werknemers. Bovendien is de naleving ervan moeilijk te controleren gelet op het gemak waarmee informatiedragers kunnen worden gekopieerd en verspreid. Het blijft niettemin een klassieke beschermingsmethode die wordt bedongen vanuit de overweging “baat het niet, dan schaadt het niet”. Vanuit het standpunt van de risicobeheersing kan een meester van het geheim immers bezwaarlijk toestaan dat personen die geen recht meer hebben op het gebruik van de informatie toch nog in het bezit zouden blijven van de relevante informatiedragers, ook al is de daadwerkelijke naleving van de teruggave- of vernietigingsplicht in hoge mate afhankelijk van de goede trouw van de geïmpliciteerde en zijn aangestelden.

Deze verplichting kan worden bedongen als een potestatief recht dat *tijdens de duur van de basisverhouding* kan worden uitgeoefend. Dit laat toe om maatregelen te treffen van zodra de dreiging van een lek wordt vermoed, zelfs al is het niet de bedoeling om de globale relatie waarin de informatieverstrekking plaatsvond te beëindigen. Ook hier kan een inventarisatieplicht en controleplicht worden bedongen. De meester van het geheim kan ook de teruggave of vernietiging *na afloop van de basisverhouding* koppelen aan een potestatief recht. Deze formulering brengt echter een risico met zich mee op het vlak van de aansprakelijkheid. Bij gebrek aan termijn (en enige andersluidende afspraak – art. 1139 BW) kan de meester van het geheim pas schadevergoeding wegens wanprestatie eisen nadat hij de schuldenaar in gebreke heeft gesteld om zijn verplichting na te leven (art. 1146 BW).

In een zaak voor het hof van beroep te Brussel<sup>1039</sup> dienden de eisers meteen een eenzijdig verzoekschrift in tot aanstelling van een sekwester voor de bewaring van de geheime informatie. De

---

<sup>1038</sup> P. KURZ, 72-73.

<sup>1039</sup> Brussel 19 mei 2008, nr. 2006/AR/2235, onuitg.

informatie werd vervolgens vernietigd naar aanleiding van haar vrijgave. De overeenkomst bevatte een teruggave- en vernietigingsplicht die “onverwijld, op eerste verzoek” moest worden uitgevoerd. Het Hof kon, bij gebrek aan enig verzoek om over te gaan tot uitvoering van deze clause en enige daaropvolgende ingebrekestelling, dan ook slechts vaststellen dat de geheimplichtige geen inbreuk had begaan op deze clause.

De teruggave- of vernietigingsplicht is doorgaans bestemd om in werking te treden wanneer de basisverhouding die leidde tot de uitwisseling van de informatiedragers *ophoudt te bestaan*. Het gaat in deze hypothese om een autonome verplichting die bestemd is om te worden nageleefd ongeacht de precieze beëindigingswijze van deze basisverhouding (*cf. randnr. 534 et seq.*). De naleving ervan (resp. de keuzemogelijkheid van de meester van het geheim om zich op dit recht te beroepen) kan worden gekoppeld aan een termijn (bv. binnen de maand na de beëindiging van de basisverhouding).

**Voorbeeld:** “Within one (1) month of a request by the disclosing party, the receiving party shall return, or certify in writing the destruction of all tangible items of Confidential Information furnished by the disclosing party and all copies thereof”<sup>1040</sup>.

Deze verplichtingen kunnen impliciet voortvloeien uit de overeenkomst op basis van de aard van de informatie. Zo werd een bewakingsovereenkomst verbroken tussen twee vennootschappen. De bewakingsfirma bezorgt daarop de sleutels van de bedrijfslokalen terug aan haar cliënt en verzoekt zelf om de teruggave van gecodeerde kaarten met vertrouwelijke informatie die noodzakelijk zijn voor de werking van de bewakingsinstallatie, die als dusdanig de eigendom van de cliënt is geworden. De cliënt weigert dit met het argument dat zij ook eigenaar is van de kaarten. De rechter stelt vast dat de overeenkomst geen afspraken bevat over de teruggave van deze kaarten, maar dat de bewakingsfirma in ruil voor nieuwe, blanco kaarten gerechtigd is om de kaarten terug te vorderen gelet op de geheime informatie die zij bevatten<sup>1041</sup>.

De geheimhoudingsverplichting bevat van nature een impliciete teruggaveplicht indien de meester van het geheim zijn informatiedragers slechts ter beschikking stelt in plaats van het eigendomsrecht over te dragen. De geheimplichtige geniet in deze hypothese slechts een tijdelijk genotsrecht op de informatiedragers. Hij moet deze terugbezorgen na afloop van de basisverhouding. Zo is een werknemer op basis van artikel 17, 5° Arbeidsovereenkomstenwet verplicht om het “hem toevertrouwde arbeidsgereedschap” terug te bezorgen aan zijn werkgever<sup>1042</sup>. Wanneer de

---

<sup>1040</sup> P. KURZ, 71.

<sup>1041</sup> Cour d’appel Parijs (Kamer 25, Sectie A) 27 januari 1989, nr. JurisData: 1989-020282.

<sup>1042</sup> Voorz. Arbh. Brussel 5 november 1998, *Soc. Kron.* 1990, 482. Zie tevens Arbh. Antwerpen (afd. Hasselt) 28 september 1989, *JTT* 1990 en 379 *Limb. Rechtsl.* 1991, 139 (verkort), noot (- een handelsvertegenwoordiger moet na het beëindigen van de arbeidsovereenkomst de documentatie over zijn klantenbestand terugbezorgen aan de werkgever. Het achterhouden van deze aan de werkgever toebehorende documenten schept de mogelijkheid om oneerlijke concurrentie te bedrijven). Zie ten slotte ook: Arbh. Luik (afd. Namen) 19 januari 2010, *RRD* 2009, 121; Arbh. Brussel 19 maart 2010, *RRD* 2009, 225. O. RIJCKAERT, “La concurrence déloyale de l’ancien salarié et la protection des bases de données produites par l’employeur”, (207) 218. Vgl. naar Canadees recht: G. STEELE en K. THORNICROFT, *Employment covenants and confidential information*, Ontario, Butterworths, 2002, 93

geheimplichtige de informatie mocht overbrengen naar eigen informatiedragers, geldt de vernietigingsplicht nog steeds voor de informatie als dusdanig aangezien de geheimplichtige hoe dan ook slechts tijdelijke rechten op de informatie geniet.

De terbeschikkingstelling van materiaal (bv. organisch materiaal, chemische substanties, prototypes,...) kan ook zelf de focus zijn van de overeenkomst. De partijen kunnen dan een *Material Transfer Agreement*<sup>1043</sup> sluiten om de gebruiksvoorwaarden van dit materiaal en de eigendom ervan of van uit de overeenkomst voortvloeiende intellectuele rechten te regelen. Ook deze overeenkomst kan een geheimhoudingsbeding bevatten. Het is namelijk mogelijk dat het gebruik van het materiaal geheime informatie oplevert, of dat het bestaan van het materiaal zelf geheim is.

De teruggave- en vernietigingsplicht kan uitzonderingen bevatten. De geheimplichtige kan zich het recht voorbehouden om een exemplaar van de informatie bij te houden voor de latere *bewijslevering* in geval van betwisting. De partijen kunnen vervolgens in detail treden over de beveiliging van deze informatie. Dit exemplaar kan bijvoorbeeld worden gedeponereerd bij een onafhankelijke persoon die onderworpen is aan het beroepsgeheim. De clause kan tevens verbijzonderen dat informatie die wettelijk moet worden bijgehouden<sup>1044</sup> uitgezonderd is van de teruggave- of vernietigingsplicht. Deze verbijzondering is niet onmisbaar aangezien de overeenkomst sowieso geen afbreuk kan doen aan wettelijke bepalingen van openbare orde (dit is bv. het geval voor de onderzoeksbevoegdheden van de commissaris-revisor<sup>1045</sup>).

Deze verplichtingen hebben als dusdanig geen invloed op het voortbestaan van de geheimhoudingsplicht. Deze geheimhoudingsplicht is een onafhankelijke verplichting die (in beginsel) evenmin bestemd is om samen te verdwijnen met de contractuele basisverhouding (bv. de onderhandelingen, de licentie, de concessie, de onderzoeksopdracht, etc.). De uitvoering van de teruggave- of vernietigingsplicht impliceert daardoor geen uitdoving van de geheimhoudingsplicht. De onderliggende doelstelling van deze verplichtingen is integendeel net om de geheimhouding op langere termijn veilig te stellen.

**314. Chinese walls en clean rooms.** Het verspreidingsverbod heeft in beginsel niet alleen betrekking op bewuste, maar ook onbewuste informatieverstrekkings. Ook het gebruiksverbod kan onbewust gebruik van de informatie verbieden. Dit is problematisch wanneer slechts een deel van de onderneming een legitieme toegang

---

(de auteurs stellen dat er een recht op teruggave geldt op basis van de *common law*, maar raden niettemin aan om specifieke afspraken over de teruggave te maken).

<sup>1043</sup> M. ANDERSON, *Technology transfer*, Londen, Butterworths, 2002, 65, nr. 2.20 *et seq.*

<sup>1044</sup> Zo heeft de bedrijfsrevisor een uitgebreid inzage-recht op alle documenten van de vennootschap (art. 137, §1 W. Venn.; B. TILLEMANS, *Het statuut van de commissaris in Recht en Onderneming*, Brugge, die Keure, 2007, 195, nr. 316; L. FREDERICQ, V, 658, nr. 463). De vennootschap kan deze inzage niet weigeren voor de bescherming van een zakengeheim omdat de bedrijfsrevisor zelf gehouden is aan het beroepsgeheim in de zin van art. 458 Sw.. Dit betekent niet dat de vennootschap alle documenten voor een onbeperkte duur moet bewaren, maar wel voor de duur waarin zij relevant zijn voor functie van de commissaris, zijnde de controle op de financiële toestand, op de jaarrekening en op de regelmatigheid van de in de jaarrekening weergegeven verrichtingen (*cf.* art. 142 W. Venn.).

<sup>1045</sup> B. TILLEMANS, *Het statuut van de commissaris*, 193, nr. 213.

krijgt tot de informatie. Er kan namelijk een spontane, “organische” uitwisseling van informatie plaatsvinden tussen de componenten van de onderneming met legitieme toegang en de componenten van de onderneming die geen toegestane informatieverkrijgers zijn. De “Chinese wall”<sup>1046</sup> of “clean room” is een veiligheidsmaatregel die specifiek tot doel heeft om deze spontane informatiestromen te voorkomen of minstens te reguleren. De Chinese wall is een techniek waarbij de informatieverkrijger ondoordringbare barrières tracht te bouwen tussen de verschillende componenten van zijn onderneming. Deze maatregelen hebben tot doel om ongecontroleerde informatiestromen tussen de verschillende componenten uit te sluiten. Dit biedt de informatieverstrekker een bijkomende garantie dat zijn informatie niet nodeloos wordt verspreid of wordt gebruikt voor doeleinden die niet stroken met zijn belangen. Deze techniek is bovendien ook nuttig voor de primaire informatieverkrijger indien de overeenkomst informatie waarvan hij reeds kennis had of onafhankelijk ontwikkelde informatie uitzondert van de geheimhoudingsplicht. De bewering dat bepaalde informatie reeds bekend was of onafhankelijk van de informatieverstrekking werd ontwikkeld, is namelijk overtuigender wanneer de contacten tussen de betrokken componenten van de onderneming aan banden waren gelegd door een solide *Chinese wall*. Het risico dat de onafhankelijke component besmet blijkt door de kennis van de component die in contact staat met de meester van het geheim is immers beperkter. Het moet worden benadrukt dat een Chinese wall deze bewering (behoudens andersluidende bewijsafspraken) alleen aannemelijker maakt. De rechter moet het juridische waarheidsgehalte van dit argument nog steeds *in concreto* beoordelen. Het loutere feit dat de onderneming beschikt over een *Chinese wall* stelt de primaire informatieverstrekker niet vrij van elke aansprakelijkheid voor niet-toegestane verspreiding van informatie binnen zijn onderneming of van de bewijslast ten aanzien van deze aansprakelijkheid of van de bovenvermelde uitzonderingen op de geheimhoudingsplicht.

JW is de topverkoper van Penguin Foods. Hij bracht zo’n 40 à 50% van de klanten aan. JW verlaat de onderneming in 2004. Hij is daarbij gehouden door een niet-concurrentie en niet-afweringsbeding dat hij op het moment van zijn indiensttreding in 1991 heeft ondertekend. Niettegenstaande deze bedingen helpt hij enkele maanden later de vennootschap Worldwide op te richten. Hij wordt bestuurder en financieel directeur. Zijn kinderen worden aandeelhouder. Penguin Foods merkt al snel dat Worldwide leveranciers en klanten afwerft en stelt een vordering in. JW stelt dat zijn gedrag niet in strijd is met de niet-concurrentieplichten omdat hij geen rechtstreeks contact meer onderhield met de leveranciers en klanten van Penguin Foods. Dit gebeurde door andere personen in de vennootschap. De rechtbank in eerste aanleg acht deze Chinese wall onvoldoende om een inbreuk op de bedingen uit te sluiten. Het *Appellate Court* van de staat Illinois treedt deze analyse bij: “In this case, several facts support the trial court’s decision, such as the small size of Worldwide, JW’s position in the company, and the likelihood of contact between JW and William. JW played several important roles at Worldwide as its president, treasurer, and half of its sales team at the time Penguin Foods’ moved for a preliminary injunction. Worldwide’s small size makes it unlikely JW and William can manage the business without sharing information about its clientele. JW and William run Worldwide. Due to their positions in the company, they lack any mechanism to enforce the ‘Chinese Wall’, such as a person with more authority to ensure

---

<sup>1046</sup> Zie over deze techniek o.m. K. K. MWENDA, “Banks and the Use of Chinese Walls in Managing Conflict of Duties”, *Web JCLI* 2000, afl. 2 ([webjcli.ncl.ac.uk/2000/issue2/mwenda2.html](http://webjcli.ncl.ac.uk/2000/issue2/mwenda2.html)).

they do not share information about JW's former customers. [...]”<sup>1047</sup>. De rechtbank stelde bijgevolg *in concreto* vast dat de *Chinese wall* de informatiestromen tussen de leden van de onderneming in werkelijkheid niet op afdoende wijze aan banden legde.

Omgekeerd betekent de loutere vaststelling dat een onderneming geen uitdrukkelijke *Chinese wall* heeft opgetrokken niet dat de rechter per definitie moet uitgaan van het bestaan van ongecontroleerde informatiestromen tussen de componenten van de onderneming. Het blijft mogelijk dat de informatie in de praktijk (nog) niet werd uitgewisseld. Bovendien kunnen deze informatiestromen nog worden voorkomen of beperkt door feitelijke barrières<sup>1048</sup>. Bij grote multinationals is het bijvoorbeeld aannemelijk dat bepaalde componenten van de onderneming nooit op een spontane, ongecontroleerde wijze informatie met elkaar uitwisselen, zelfs indien geen uitdrukkelijke richtlijnen in die zin werden uitgevaardigd.

De *clean room* is een techniek die vergelijkbaar is met de *Chinese wall*. In dit geval creëert de onderneming een afzonderlijke afdeling die zij zoveel mogelijk isoleert van ondernemingscomponenten die beschikken over geheime informatie<sup>1049</sup>, zelfs indien het doorgeven van deze informatie geen schending van haar geheimhoudingsplichten zou opleveren (m.a.w. zelfs indien de leden van deze afdeling legitieme secundaire informatieverkrijgers zouden zijn). Dit isolement moet voorkomen dat de afdeling besmet wordt door de geheime kennis. De bewegingsvrijheid van deze afdeling wordt bijgevolg niet gehinderd door het verspreidings- en gebruiksverbod van de geheimhoudingsovereenkomsten, althans voor zover deze informatie waarover de

---

<sup>1047</sup> Appellate Court of Illinois (First District, Second Division) 1 februari 2005 *William L. Appelbaum v. Jonathan D. Appelbaum et al.*, 355 Ill. App. 3d 926.

<sup>1048</sup> United States Court of Appeals (Second Circuit) 31 mei 2005, *Hempstead Video, Inc. v. Inc. Vill. Of Valley Stream*, 409 F.3d 127, 138 (2d Cir. 2005).

<sup>1049</sup> In deze context gaat het over geheime informatie. De techniek wordt echter ook gebruikt om zich in te dekken tegen *copyright infringements* in bv. de *software* industrie. Het bedrijf organiseert dan twee teams waarvan het ene team toegang heeft tot de software van de concurrent om deze te analyseren. Dit team rapporteert vervolgens de functionaliteiten van de software aan het tweede team. Dit tweede team heeft tot taak om software te schrijven dat dezelfde functionaliteiten vervult zonder toegang te hebben tot de concurrerende software. De redenering achter de *clean room* procedure is hierbij dat de software van het tweede team geen inbreuk meer kan zijn op het auteursrecht zelfs indien zij erg veel lijkt op de oorspronkelijke software. Het team had immers geen toegang tot deze software, zodat niet voldaan is aan de eerste voorwaarde. Het loutere feit dat een bedrijf geen gebruik maakt van deze techniek betekent echter niet dat haar software per definitie een inbreuk oplevert van het auteursrecht. Dit vereist niet alleen toegang tot de concurrerende software, maar ook een substantiële gelijkenis met de zelf geschreven software (US District Court (Texas, Dallas Division) 1 september 1995, *DSC Communications v. DGI Technologies*, 898 F.Supp. 1183). De vaststelling dat de *clean room* procedure niet volledig werd gerespecteerd brengt de aansprakelijkheid van de opdrachtgever bijgevolg niet *ipso facto* in het gedrang. Daarvoor moet nog worden aangetoond dat het resultaat van de *clean room* erg lijkt op de oorspronkelijke software (US District Court (Illinois, Eastern Division) 4 maart 2008, *Nordstrom Consulting v. M&S Technologies*, 2008 WL 623660). In de EU is de decompilatie van software alleen toegestaan met het oog op het bereiken van interoperabiliteit met andere programma's. Het instellen van een *clean room* is niet noodzakelijk (behalve dan in de zin dat de ingenieurs voordien de informatie nooit *readily available* mogen hebben gehad). De informatie van het eerste team mag namelijk niet worden gebruikt voor het schrijven van software waarvan de uitdrukking al te zeer lijkt op de oorspronkelijke software (art. 6, 2, (c) Richtlijn 2009/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's, *Pb. L.* 5 mei 2009, afl. 111, 16). – zelfs indien wordt aangetoond dat het tweede team geen rechtstreekse toegang had tot deze oorspronkelijke versie.

onderneming reeds beschikt ten tijde van de contractsluiting of naderhand onafhankelijk ontwikkelde informatie uitzonderen van de geheimhoudingsplicht. Het doel van deze techniek is opnieuw om het beroep op deze uitzonderingen aannemelijker te maken. De onderneming kan daardoor legitiem, zij het op beperkte schaal, blijven gebruik maken van bepaalde informatie of onderzoekpistes of strategieën blijven nastreven die worden gevisieerd door de geheimhoudingsovereenkomsten die zij is aangegaan.

Het optrekken van een *Chinese wall* of *clean room* laat hoe dan ook niet toe om dwingende wettelijke verplichtingen te omzeilen. Een eenzijdige beslissing om dergelijke *policies* in te stellen heeft bovendien geen exonererend effect wanneer de hele onderneming zich in het algemeen heeft verbonden tot niet-gebruik van de informatie of wanneer zij afstand heeft gedaan van het recht om de informatie te onderwerpen aan *reverse engineering*. Dergelijke technieken mogen bovendien het voorwerp van de geheimhoudingsovereenkomst niet uithollen. Het zijn dus geen panaceeën die de geheimplichtige zouden toelaten om kennis te nemen van de informatie zonder enig nadeel te moeten ondergaan.

### 3.1.3 Uitzonderingen op het verspreidingsverbod: toegestane verspreiding

**315.** Bij een toegestane verspreiding is het geheime karakter van de informatie niet betwist. Een specifieke wettelijke of contractuele bepaling laat de geheimplichtige in deze hypothese echter toe om de informatie te verspreiden ondanks dit geheime karakter. Deze uitzonderingen gelden *mutatis mutandis* ook voor het gebruiksverbod.

#### 3.1.3.1 Specifieke toelating meester van het geheim

**316.** Informatie mag steeds worden verspreid indien de meester van het geheim hiervoor de toestemming geeft. Deze toestemming kan tot stand komen via een gezamenlijke herroeping (art. 1134 BW) of via een eenzijdige afstand van de geheimhoudingsplicht ten aanzien van bepaalde informatie. In het eerste geval moeten beide partijen hun akkoord te betuigen met de herroeping. Het tweede geval vereist slechts een eenzijdige rechtshandeling van de meester van het geheim. De overeenkomst kan daarbij voorzien in een procedure voor de verkrijging van deze toestemming<sup>1050</sup> en verbijsonderen of het verlenen van de toestemming discretionair is dan wel naar redelijkheid moet gebeuren (“consent not to be unreasonably withheld”). De vrijstelling kan bovendien slechts gelden ten aanzien van bepaalde personen en dus niet gepaard gaan met de verdwijning van het meesterschap van het geheim als dusdanig.

**Voorbeeld:** “Information shall not qualify as Confidential Information if such information: [...] is approved for release in writing by the disclosing party”<sup>1051</sup>.

---

<sup>1050</sup> Beide hypothesen worden echter gedekt door een algemene clause die voorziet in een vrijstelling mits toestemming. Op wiens initiatief deze toestemming wordt verkregen heeft immers geen invloed op het resultaat van deze toestemming.

<sup>1051</sup> P. KURZ, 39.

Fontaine en De Ly maken hier een onderscheid tussen clausules m.b.t. de verkrijging van het akkoord van de meester van het geheim en clausules m.b.t. vrijstellingen op diens initiatief<sup>1052</sup>. Dit onderscheid is van belang indien de *geheimplichtige* recht heeft op geheimhouding van de informatie *door de meester van het geheim*, bijvoorbeeld omdat hij een exclusieve licentie op de informatie heeft bedongen. De meester van het geheim mag zich in die hypothese niet het recht voorbehouden om eenzijdig bepaalde informatie uit te sluiten van de contractueel gedefinieerde vertrouwelijke informatie. Deze definitie bakent immers meteen ook het recht op geheimhouding *ten voordele* van de *geheimplichtige* af.

Een variant op de rechtstreekse vrijstelling van de *geheimplichtige* is de uitzondering waarbij de geheimhoudingsplicht verdwijnt indien de meester van het geheim de informatie verstrekt aan een derde zonder geheimhoudingsplicht. Deze uitzondering moet uitdrukkelijk worden bedongen omdat een loutere mededeling aan één of enkele personen niet *ipso facto* tot gevolg heeft dat de informatie vanaf dan publiek bekend of toegankelijk is en er niet noodzakelijk een wil tot afstand van de geheimhouding uit af te leiden valt in de relatie met de *geheimplichtige*.

**Voorbeeld:** “Information shall not qualify as Confidential Information if such information [...] is disclosed by the disclosing party to a third party without a duty of confidentiality on the third party”<sup>1053</sup>.

### 3.1.3.2 Mededeling in gerechtelijke procedure of aan overheidsorgaan

**317.** Een andere standaarduitzondering is de mededeling van de vertrouwelijke informatie in een gerechtelijke procedure of aan een overheidsorgaan.

**Voorbeeld:** “[...] is required to be disclosed by the receiving party pursuant to any order of a competent court or an administrative or governmental agency”<sup>1054</sup>.

De informatieverstrekker kan enerzijds onontkoombaar gehouden zijn tot mededeling van de informatie op basis van een dwingendrechtelijke bepaling, of anderzijds wensen om de informatie uit eigen beweging voor te leggen voor de vrijwaring van zijn rechtspositie.

**318. Bevel tot mededeling in burgerrechtelijke procedures.** Naar Belgisch recht kan de rechter een gedingvoerende partij bevelen om het bewijsmateriaal dat zij bezit over te leggen (art. 871 Ger.W.). Hij kan een partij of derde tevens bevelen om stukken over te leggen die dienstig zijn als bewijs in het geding wanneer er voldoende aanwijzingen zijn dat zij daarover beschikken (art. 877 Ger.W.)<sup>1055</sup>. Een derde is elke

<sup>1052</sup> M. FONTAINE en F. DE LY, 282, uitzonderingen d) en e).

<sup>1053</sup> P. KURZ, 39.

<sup>1054</sup> *Ibid.*, 41.

<sup>1055</sup> Om precies te zijn moeten er volgens de formulering van art. 877 Ger.W. “gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens bestaan dat een partij of een derde een stuk onder zich heeft dat het bewijs inhoudt van een ter zake dienend feit”.



persoon die niet als partij betrokken is bij het geschil<sup>1056</sup>. Een stuk is elke materiële vastlegging (manuscript, drukwerk, tekening, foto, etc.) die toelaat om informatie te verstrekken<sup>1057</sup> en die dus dienstig kan zijn als bewijs<sup>1058</sup>. De notie “overlegging” wordt strikt geïnterpreteerd. De rechter kan niet bevelen om over te gaan tot een gedetailleerde opzoeking in databanken en de resultaten daarvan over te leggen. Dit bevel beperkt zich niet tot de loutere overlegging van pertinente documenten, maar verplicht de derde om een gratis dienst te leveren en dit is niet verenigbaar met de bewoordingen van artikel 877 Ger.W.<sup>1059</sup>. Een bevel tot overlegging staat evenmin gelijk aan een verplichting tot verstrekking van toelichting over de meegedeelde documenten<sup>1060</sup>.

De rechter oordeelt soeverein over de oplegging van een dergelijk bevel. Hij kan het enerzijds ambtshalve opleggen<sup>1061</sup>, maar is anderzijds niet verplicht om het op te leggen indien dit wordt gevorderd<sup>1062</sup>, zelfs niet als de tegenpartij akkoord is met de overlegging<sup>1063</sup>. Het loutere feit dat de rechter een aanvraag tot overlegging afwijst, betekent niet dat de vordering neerkomt op misbruik van procesrecht. Het is immers niet abnormaal dat de medecontractant zoveel mogelijk informatie wenst te verzamelen om zijn rechtspositie veilig te stellen<sup>1064</sup>.

**319. Weigering wegens wettige reden en geheimhoudingsplichten.** De rechter die de overlegging beveelt, dient de ingeroepen reden tot weigering te toetsen op basis van de specifieke gegevens van de zaak. Het beroepsgeheim kan daarbij een legitieme reden zijn om de overlegging van nochtans pertinente stukken te weigeren. Het beroepsgeheim geldt echter niet absoluut. De rechter mag een verzoek tot overlegging

---

<sup>1056</sup> G. L. BALLON, “Overlegging van stukken in een proces” (noot onder Brussel 30 november 1999), *AJT* 1999-2000, (725) 726 (elke derde komt in aanmerking voor een bevel op basis van art. 877 Ger.W., met uitzondering van het Openbare Ministerie).

<sup>1057</sup> G. L. BALLON, “Overlegging van stukken in een proces” (noot onder Brussel 30 november 1999), *AJT* 1999-2000, (725) 726; A. DUSQUESNE, M. FONTAINE, G. KELLENS, A. KOHL en C. PIRARD, “La procédure de production de documents dans le Code judiciaire et le secret professionnel”, *Ann. Dr. Liège* 1970, (195) 206.

<sup>1058</sup> N. LABEEUW, “De procedure van overlegging van stukken” (noot onder Rb. Antwerpen 15 juni 1999), *AJT* 1999-2000, (879) 880, nr. 5.2.

<sup>1059</sup> Bergen 1 oktober 2002, *JT* 2002, 815.

<sup>1060</sup> Kh. Namen 29 juni 1995, *JT* 1996, 328 – dit laatste zal moeten gebeuren via een getuigenverhoor geregeld in art. 915 e.v. Ger. W.

<sup>1061</sup> B. ALLEMEERSCH, *De macht van de rechter in het burgerlijk geding*, 325, nr. 427; A. KOHL, “Le caractère personnel de l’action en divorce fait-il obstacle à ce que le juge ordonne d’office une enquête en vue de prouver certains faits qu’il détermine?” (noot onder Antwerpen 2 februari 1981), *RTDF* 1982, (40) 42. Zie wel voor de hypothese waarin beide partijen de toepassing ervan afwijzen: Cass. 2 juni 2005, *FJF* 2006, 577 en *JT* 2006, 149, concl. A. HENKES.

<sup>1062</sup> Cass. 17 juni 2004, *Arr. Cass.* 2004, 1130; Cass. 14 december 1995, *Arr. Cass.* 1995, 1128; Cass. 2 juni 1977, *Arr. Cass.* 1977, 1019 (artt. 871 en 877 Ger.W. bieden de rechter de mogelijkheid om partijen of derden te bevelen hun relevante stukken over te leggen, maar verplichten hem daartoe niet); B. ALLEMEERSCH, 339-340, nr. 447; S. RUTTEN, “Beginselen van behoorlijke bewijsvoering in het burgerlijk proces: enkele aandachtspunten” in A. DE BOECK, S. STIJNS en R. VAN RANSBEECK (eds.), *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, (21) 31-35. Zie reeds over beide stellingen M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, 242, nr. 269.

<sup>1063</sup> Cass. 7 december 1979, *Pas.* 1980, I, 443.

<sup>1064</sup> Voorz. Rb. Brussel 8 oktober 2003, *IRDI* 2003, 297 (i.v.m. een mogelijke inbreuk op octrooirechten).

van stukken niet afwijzen op de enkele grond dat diegene die het stuk onder zich heeft tot het beroepsgeheim is gehouden<sup>1065</sup>. De weigering moet gebaseerd zijn op de maatschappelijke nood en doelstelling van het beroepsgeheim<sup>1066</sup>. Is een (uitdrukkelijke) geheimhoudingsovereenkomst of (impliciete) discretieplicht een legitieme reden om de overlegging te weigeren? Wanneer zelfs het beroepsgeheim, dat van openbare orde is, geen absolute weigeringsgrond oplevert kan men alvast *a fortiori* poneren dat een geheimhoudingsplicht met louter privaatrechtelijke grondslag *evenmin een absolute weigeringsgrond* kan zijn. De rechtspraak zal ook de geldigheid van deze reden *in concreto* beoordelen. Zo rechtvaardigt de discretieplicht van een expertisebureau in beginsel geen weigering om een verslag over te leggen in het licht van artikel 877 e.v. Ger.W.<sup>1067</sup>. Ook de discretieplicht van een bankier staat een bevel voor de overlegging van stukken niet in de weg<sup>1068</sup>. Er mag weliswaar niet *a priori* worden uitgesloten dat de onderworpen aan een privaatrechtelijke geheimhoudingsplicht zou kunnen beschikken over een legitieme reden. De rechter die wordt geconfronteerd met een weigering dient ook hier op basis van de feiten te onderzoeken of de weigering is ingegeven door een legitieme reden<sup>1069</sup>. Hij dient de nodige zorgvuldigheid aan de dag te leggen bij zijn beoordeling<sup>1070</sup>. Een belangrijk appreciatie criterium voor de legitimiteit van de weigering is de pertinentie van de geviseerde stukken voor de oplossing van het geschil (art. 882 Ger.W.)<sup>1071</sup> en het

<sup>1065</sup> Cass. 19 december 1994, *RW* 1995-96, 1207, noot S. VAN OVERBEKE. Zie daarentegen art. 843a, derde lid Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering voor Nederland (hij die uit hoofde van zijn ambt, beroep of betrekking tot geheimhouding verplicht is, is niet gehouden aan deze vordering te voldoen, indien de bescheiden uitsluitend uit dien hoofde te zijner beschikking staan of onder zijn berusting zijn).

<sup>1066</sup> Cass. 18 juni 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 993; Cass. 29 oktober 1991, *Arr. Cass.* 1991-92, 197; zie tevens *Arbh.* Gent 6 juni 1997, *Soc. Kron.* 1999, 121; Pol. Nijvel 27 mei 1998, *RGAR* 2000, nr. 13.203; Pol. Nijvel 2 april 1993, *RGAR* 1996, nr. 12.662.

<sup>1067</sup> Bergen 21 juni 1995, *RGAR* 1997, nr. 12.793.

<sup>1068</sup> Luik 13 juni 2003, *JLMB* 2003, 1728 (betreffende de illegale toe-eigening van geldsommen); Bergen 15 april 2009, *JLMB* 2009, 1864. Zie tevens naar Nederlands recht: Rb. Amsterdam 11 september 2008, LJN BF0587 (een contractuele geheimhoudingsplicht van een bankier is geen geheimhoudingsplicht in de zin van art. 843a, derde lid Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering).

<sup>1069</sup> Vgl. naar Nederlands recht: Rb. Arnhem (Handelskamer) 22 juli 2009, *NJF* 2009, 1189, nr. 411 (LJN BJ6230). Art. 843a, vierde lid Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering stelt dat degene die de over te leggen bescheiden te zijner beschikking of onder zijn berusting heeft niet gehouden is aan deze vordering te voldoen, indien daarvoor gewichtige redenen zijn, alsmede indien redelijkerwijze aangenomen kan worden dat een behoorlijke rechtsbedeling ook zonder verschaffing van de gevraagde gegevens gewaarborgd is. *In casu* gaat het om de overlegging van de ledenadministratie van een vakbond. Deze vakbond weigert en beroept zich hiervoor op haar geheimhoudingsplicht in het raam van de Nederlandse Wet Bescherming Persoonsgegevens (art. 12 Wbp). De rechtbank stelt echter vast dat het recht op bescherming van persoonsgegevens niet absoluut is en dat het enkele belang dat leden van de vakbond terughoudender zouden kunnen worden om zich als lid aan te melden niet zonder meer opweegt tegen het belang dat de tegenpartij heeft bij de bewijslevering. De rechtbank geeft hier de voorrang aan dit laatste belang omdat de tegenpartij een CAO wenste af te sluiten in het voordeel van de leden van deze vakbond. Een behoorlijke rechtsbedeling kon bovendien niet zonder inzage worden gegarandeerd omdat de alternatieven om de informatie te verkrijgen veel tijd in beslag namen en hoge kosten met zich meebrachten (bv. deskundigenonderzoek), niet even betrouwbaar of volledig waren en niet 'minder bezwaarlijk' waren voor de leden (bv. getuigenverhoren) dan de inzage van de documenten. In dezelfde zin m.b.t. de contractuele geheimhoudingsplicht van een bankier: Rb. Amsterdam 11 september 2008, LJN BF0587.

<sup>1070</sup> Kh. Namen 29 juni 1995, *JT* 1996, 328.

<sup>1071</sup> Kh. Brussel 22 november 2001, *JLMB* 2003, 980; Kh. Hasselt 26 maart 2001, *TBH* 2001, 837, noot J. BUYLE en M. DELIERNEUX.

voldoende specifieke karakter van de over te leggen stukken. Het bevel tot overlegging mag immers niet kaderen in een *fishing expedition* waarbij men lukraak tracht te hengelen naar bewijsstukken<sup>1072</sup>. De irrelevantie van de gevraagde stukken voor het geschil of de te vage omschrijving van het verzoek is echter niet de enige denkbare legitieme reden. Artikel 882 Ger.W. bevat namelijk geen specifieke, exhaustieve opsomming, maar is opgesteld in algemene bewoordingen. Ook het zakengeheim<sup>1073</sup> of buitenlandse wettelijk gesanctioneerde geheimhoudingsplichten kunnen een legitieme reden opleveren om de overlegging van de stukken te weigeren.

**320. Gevolgen van een ongewettigde weigering.** De betrokkene die zonder legitieme reden weigert om het stuk (of een afschrift) over te leggen kan worden veroordeeld tot schadevergoeding (art. 882 Ger.W.)<sup>1074</sup>. De rechter kan bovendien het bevel tot overlegging op vraag van een partij koppelen aan een dwangsom (*cf.* 1385*bis* Ger.W.)<sup>1075</sup>.

De Franse *Nouveau Code de Procedure Civile* bevat een regeling die op enkele punten verschilt van de Belgische (artt. 138 tot 142 NPC). De rechter kan op *initiatief van één der partijen* pertinente stukken opvragen bij een derde (art. 138 NPC) of een andere partij (art. 142 NPC). De rechter beschikt over een discretionaire bevoegdheid om dit bevel op te leggen<sup>1076</sup> als één van de partijen het vordert, maar kan daar niet ambtshalve toe overgaan<sup>1077</sup>. Een derde kan de overlegging weigeren mits geldige reden die te beoordelen is door de rechter. Het voornaamste verschil tussen de Franse en de Belgische wettekst (meer bepaald art. 882 Ger.W.) is dat artikel 142 NPC *ten aanzien van partijen* niet uitdrukkelijk voorziet in de legitieme reden als grond tot niet-overlegging van de stukken. Recente Franse cassatierechtspraak aanvaardt wel dat de legitieme reden ook door een gedingvoerende partij mag worden ingeroepen als weigeringsgrond<sup>1078</sup>. Ook in dit rechtsstelsel geldt echter dat een geheimhoudingsbeding of het zakengeheim op zich geen obstakel is voor onderzoeksmaatregelen<sup>1079</sup>.

**321. Biedt het gerechtelijke privaatrecht ruimte voor de contractuele uitsluiting van onderzoeksmaatregelen?** Voor het antwoord op de vraag of partijen onderling bepaalde onderzoeksmaatregelen mogen uitsluiten, moet eerst het onderscheid tussen

<sup>1072</sup> Zie ook i.v.m. de gerechtelijke aanstelling van een sekwester voor de bewaring van bewijsmateriaal: Brussel 29 juni 2004, AR 2004/KR/79, [www.juridat.be](http://www.juridat.be) (Justel nr. N-20040629-22); Antwerpen 22 november 2001, RW 2002-03, 1511; B. TILLEMANS, "Sekwester" in B. TILLEMANS en A. VERBEKE (eds.), *Knelpunten dienstencontracten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, (97) 174-175.

<sup>1073</sup> *Cf.* Voorz. Kh. Hasselt 18 april 2001, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 2001, 284 (de verweerder heeft een rechtmatig belang om haar inkooprijzen niet mee te delen).

<sup>1074</sup> Een inbreuk op dit artikel resulteert steeds in een fout, maar het slachtoffer dient nog steeds de schade (Antwerpen 6 maart 2002, P&B 2002, 242) en het causale verband te bewijzen.

<sup>1075</sup> D. MOUGENOT, "Les incidents relatifs à la preuve" in *Droit judiciaire. Commentaire pratique*, 2008 VI.1-1 - VI.1-75, 8-9; M. STORME, "Voorwoord – Dertig jaar leven met de dwangsom" in *Tien jaar toepassing van de dwangsom*, Brussel, Creadif, 1991, (5) 7; V. VAN HERREWEGE, "Wasdom van de dwangsom", *Rec. Cass.* 1994, 319; K. WAGNER, *Dwangsom* in *APR*, 74, nr. 73.

<sup>1076</sup> F. FERRAND, "Preuve", *Rep. Proc. Civ. Dalloz*, 83, nr. 317.

<sup>1077</sup> *Ibid.*, 83, nr. 318.

<sup>1078</sup> *Ibid.*, 84, nr. 320.

<sup>1079</sup> Cour d'appel Parijs (Kamer 14, Sectie A) 7 mei 2008, AR 07/22092, nr. JurisData: 2008-367932.

feiten, eis en bewijs duidelijk worden gemaakt. De partijen zullen in het raam van het geding allerlei *feiten* aanvoeren om te staven waarom de *eis* al dan niet (geheel of gedeeltelijk) dient te worden toegekend. De toekenning van de eis hangt af van de mate waarin de rechter kan worden overtuigd van het waarheidsgehalte van de aangedragen feiten. De rechter dient te oordelen of een pertinent en tussen de partijen betwist feit voldoende is gestaafd om te worden beschouwd als de juridische waarheid. Hij vormt deze overtuiging op basis van het *bewijs* waarover hij beschikt. De levering van dit bewijs is in de eerste plaats de taak van de partijen. Zij moeten de rechter overtuigen van het waarheidsgehalte van de door hen aangevoerde feiten. De rechter beschikt echter tevens over het discretionaire prerogatief om, in de mate van het wettelijke, nuttige en redelijke, een aantal onderzoeksmaatregelen te bevelen zoals de verplichting tot overlegging van stukken of het getuigenverhoor.

Deze discretionaire bevoegdheid is riskant voor geschillen waarmee vertrouwelijke informatie is gemoeid. Een geheimhoudingsovereenkomst geldt namelijk niet per definitie als legitieme reden om de medewerking te weigeren aan de onderzoeksmaatregel. De partijen kunnen wensen om uitdrukkelijk overeen te komen dat de rechter geen onderzoeksmaatregelen mag nemen ten aanzien van bepaalde informatie, ook al is deze uiterst pertinent voor de staving van een betwist feit. De bewoordingen van de relevante artikelen in het Gerechtelijk Wetboek voorzien echter niet uitdrukkelijk in de mogelijkheid om de rechterlijke bevoegdheid inzake onderzoeksmaatregelen contractueel uit te sluiten of te moduleren. Partijen kunnen deze onderzoeksmaatregelen in beginsel enkel ontlopen door de feiten in kwestie gezamenlijk niet aan te voeren (en dus uit het geschil te houden) of door hen te erkennen indien zij toch worden aangebracht<sup>1080</sup>. In dit verband dient wel te worden gewezen op een cassatiearrest van 2 juni 2005 waarin wordt geoordeeld dat de rechter het beschikkingsbeginsel miskent indien hij een onderzoeksmaatregel beveelt op basis van een wettelijke bepaling die de partijen uitdrukkelijk hebben uitgesloten van het geschil in een akkoord waarvan niet is vastgesteld dat het strijdig is met de openbare orde<sup>1081</sup>. Deze beslissing impliceert echter niet dat een partij zonder enige beperking het recht van de medecontractant zou kunnen ontzeggen om bepaalde bewijsstukken voor te leggen aan de rechter of dat de partijen zelfs voor enig geschil is ontstaan de onderzoeksbevoegdheden van de rechter contractueel zouden kunnen moduleren. Dergelijke contractuele afspraken staan namelijk op gespannen voet met het recht op een reële en effectieve toegang tot de rechter in het algemeen (artikel 6 EVRM) en met de consumentenbescherming in het bijzonder (artikelen 73 en 74, 21° en 22° *juncto* artikel 75, §1 WMPC).

**322. Aflegging van een getuigenis.** De rechter kan daarnaast, op initiatief van een partij of ambtshalve (artt. 915-916 Ger.W.), getuigen oproepen. De getuige kan weigeren om te getuigen, maar indien een gedingvoerende partij de getuigenis

---

<sup>1080</sup> B. ALLEMEERSCH, *De macht van de rechter in het burgerlijk geding*, 340 (zie tevens de pagina's 293-294 en 299 *et seq.*).

<sup>1081</sup> Cass. 2 juni 2005, *FJF* 2006, 577 en *JT* 2006, 149, concl. A. HENKES (t.a.v. art. 877 Ger.W.). Zie over de vraag welke regels van gerechtelijk recht al dan niet de openbare orde raken: J. LAENENS, K. BROECKX en D. SCHEERS, *Handboek gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 42-45.

vordert, is hij alleen ontslagen van zijn getuigenis mits wettige reden (art. 929 Ger.W.). De rechter dient het wettelijke karakter van deze reden te beoordelen. De weigerachtige getuige kan een discretieplicht inroepen als weigeringsgrond, maar dit is weerom niet *ipso facto* een geldige reden<sup>1082</sup>. De weigering van een *gedagvaarde getuige* (cf. art. 925 Ger.W.) zonder wettige reden wordt gesanctioneerd met een geldboete. Het is bovendien een fout die recht geeft op schadevergoeding voor de schadelijgende procespartij (art. 926 Ger.W.). De kosten die gepaard gaan met een ongewettigde weigering om te verschijnen of te getuigen blijven bovendien ten laste van de onwettig weigerende getuige (art. 930 Ger.W.).

**323. Overmacht als grond tot uitsluiting van aansprakelijkheid.** De rechtmatigheid van een mededeling op basis van een overheidsbevel<sup>1083</sup> met de geheimhoudingsplicht moet worden beoordeeld op basis van de normale regels van de contractuele aansprakelijkheid<sup>1084</sup>. De geheimplichtige is niet aansprakelijk indien de niet-nakoming van de overeenkomst te wijten is aan overmacht. Dit is een vreemde oorzaak die de nakoming van de verbintenis onmogelijk maakt en die onweerstaanbaar en onvoorzienbaar is. Hier is de *vreemde oorzaak* te wijten aan het gedrag van een derde voor wiens handelen de contractant niet instaat, meer bepaald de overheid(srechter).

De overmacht moet *onweerstaanbaar* zijn. De loutere bemoeilijking van de nakoming is geen overmacht. Zij moet volstrekt onmogelijk geworden zijn. Deze onmogelijkheid hoeft niet *materieel* te zijn. Het obstakel voor de nakoming van de contractuele verplichting kan evenzeer *juridisch* van aard zijn<sup>1085</sup>. Dit is het geval wanneer een geheimplichtige wordt geconfronteerd met een mededelingsplicht die wordt opgelegd door de overheid. De geheimplichtige is materieel nog in staat tot naleving van de geheimhoudingsplicht, maar hij mag dit niet meer. De nakoming van een bevel tot overlegging (en niet: een louter verzoek) is bijgevolg een grond tot overmacht, althans indien de partij dit bevel zelf niet heeft uitgelokt. Het bevel tot overlegging maakt de naleving van de geheimhoudingsplicht materieel gezien weliswaar alleen moeilijker en niet onmogelijk. De rechter kan de nakoming van de mededelingsplicht namelijk niet in natura afdwingen. Hij kan slechts een schadevergoeding of een dwangsom opleggen. De geheimplichtige blijft materieel in staat om de overlegging te weigeren door het bevel te negeren en de daaruit voortvloeiende aansprakelijkheid ten aanzien van de tegenpartij in het geding te ondergaan. Het bevel tot overlegging blijft echter onontkoombaar op juridisch vlak. De geheimplichtige beschikt niet over het recht om dit bevel naast zich neer te leggen, ook al is hij daar materieel toe in staat.

---

<sup>1082</sup> Rb. Brussel 13 maart 1987, *Pas.* 1987, III, 69 (discretieplicht ingeroepen door bankier).

<sup>1083</sup> Ook een bevel tot overlegging van een buitenlandse rechter kan de basis zijn voor een legitieme terzijdestelling van de geheimhoudingsplicht: Brussel 10 juni 2005, *TBH* 2007, 85, noot P. BUYLE en M. DELIERNEUX ("En outre, un jugement étranger, même non reconnu, est un fait juridique que toute partie peut opposer à son cocontractant, notamment pour justifier les raisons pour lesquelles elle se trouve dans l'impossibilité d'exécuter ses obligations").

<sup>1084</sup> Zie tevens J. MILQUET, "La production en justice, par un cocontractant, de renseignements et de documents protégés par une clause de confidentialité", *RDAI* 1991, (153) 161.

<sup>1085</sup> Cass. 13 mei 1996, *Arr. Cass.* 1996, 431.

De wanprestatie mag bovendien op geen enkele wijze te wijten zijn aan een fout van de contractant<sup>1086</sup>. Dit impliceert dat de geheimplichtige de informatie niet eerder mag mededelen dan noodzakelijk is voor de naleving van het overheidsbevel. Hij moet bovendien eerst alle beschikbare wettelijke middelen aanwenden om zich te verzetten tegen het mededelingsbevel, vooraleer deze effectief na te komen. Hij mag ook niet meer informatie mededelen dan hem wordt gevraagd. De overmacht<sup>1087</sup> moet bovendien *onvoorzienbaar* zijn. De geheimplichtige kan zich niet beroepen op overmacht voor informatie waarvan hij wist of behoorde te voorzien dat zij zou worden opgevraagd door de overheid. De overmacht moet de nakoming ten slotte *onmogelijk* maken. Een definitieve onmogelijkheid leidt tot het verval van de onuitvoerbare verbintenis. Een tijdelijke onmogelijkheid brengt slechts een schorsing van de uitvoering met zich mee. Bij een geheimhoudingsplicht is de onmogelijkheid definitief ten aanzien van de overheidsinstantie. De overmacht kan de uitvoering van de verbintenis *geheel of gedeeltelijk* onmogelijk maken. Een verbintenis waarvan de uitvoering slechts *gedeeltelijk* onmogelijk wordt, komt slechts gedeeltelijk te vervallen indien de verdere uitvoering nog zinvol is. De geheimhoudingsplicht blijft bijvoorbeeld, indien de overheidsinstantie zelf verplicht is tot vertrouwelijke behandeling van de informatie, onverkort van kracht ten aanzien van andere derden.

### 3.1.3.3 Spontane voorlegging ter vrijwaring van eigen rechtspositie?

**324. Mededeling op eigen initiatief.** Een gedingvoerende partij die verplicht is tot geheimhouding, mag de informatie in beginsel niet uit eigen beweging als bewijs voorleggen in de procedure<sup>1088</sup>. Er is sprake van een schending van de geheimhoudingsplicht indien de mededeling van de vertrouwelijke informatie vrijwillig en spontaan gebeurt, ook al gebeurt zij in rechte<sup>1089</sup>. Het recht op verdediging kan beperkingen stellen aan deze principiële geheimhoudingsplicht. Zo wordt de noodzaak om zich te verweren in een gerechtelijke procedure aanvaard als legitieme doelstelling die een beperkte miskennis van de geheimhoudingsplicht

---

<sup>1086</sup> Cass. 18 november 1996, *Arr. Cass.* 1996, 1051; Cass. 15 februari 1951, *Pas.* 1951, I, 388 (Een overheidsmaatregel werkt slechts bevrijdend als vreemde oorzaak, indien deze een onoverkomelijk beletsel vormt voor de uitvoering van de verbintenis en geen fout van de schuldenaar in het ontstaan van het beletsel aanwijsbaar is); Gent 30 mei 1997, *AJT* 1997-98, 199, noot R. PASCARIELLO; Arbh. Brussel 22 januari 1979, *TSR* 1979, 76 (het “fait du prince” is geen overmacht wanneer de werkgever er zelf de aanleiding toe was).

<sup>1087</sup> In Frankrijk wordt nog een (bekritiseerde) exterioriteitsvereiste als bijkomend criterium naar voren geschoven. Er zou pas sprake zijn van overmacht indien de vreemde oorzaak buiten de activiteit van de contractant ligt (“un élément extérieur à l’activité du débiteur de l’obligation” – F. CHABAS en F. GREAU, “Force majeure”, *Rép. civ. Dalloz*, april 2007, nr. 54). Zij wordt bovendien niet aanvaard in het Belgische recht. Het is, net zoals in het Franse recht, wel zo dat de vreemde oorzaak niet toerekenbaar mag zijn aan de betrokkene (S. MICHAUX en D. PHILIPPE, “Section 4. La force majeure”, *Obligations. Traité théorique et pratique*, Brussel, Kluwer, januari 2002, 4.23).

<sup>1088</sup> Cf. Gent 23 december 1986, *FJF* 1988, 65 (de rechter beveelt een dossier neer te leggen op basis van art. 877 Ger.W. omdat het beroepsgeheim van de administratie haar verhinderde om de informatie uit eigen beweging voor te leggen).

<sup>1089</sup> Cass. 26 september 1966, *Pas.* 1967, I, 89; J. MILQUET, “La production en justice, par un cocontractant, de renseignements et de documents protégés par une clause de confidentialité”, *RDAL* 1991, (153) 164-166.

rechtvaardigt<sup>1090</sup>. Het beroep op de informatie moet in deze hypothese noodzakelijk zijn om de vordering te staven (of omgekeerd noodzakelijk zijn om zich tegen een vordering te verweren)<sup>1091</sup>. Het recht van verdediging rechtvaardigt alleen het gebruik van de informatie in de procedure. Zij rechtvaardigt geen algemene verspreiding. Het recht om de informatie in rechte mee te delen kan tevens voortvloeien uit het verbod op rechtsmisbruik en de verplichting om de overeenkomst te goeder trouw uit te voeren in hoofde van de meester van het geheim<sup>1092</sup>. Deze laatste kan de geheimplichtige door zijn gedrag verplichten om bepaalde informatie mee te delen, bijvoorbeeld omdat de meester van het geheim zelf alleen beroep doet op de voor hem gunstige bestanddelen van de vertrouwelijke informatie.

De partijen kunnen overeenkomen dat de inhoud of het bestaan van een overeenkomst als dusdanig geheim is. Algemeen wordt echter aanvaard dat het geheime karakter van dergelijke informatie niet verhindert dat de schuldeiser zich in rechte op de overeenkomst kan beroepen *in een procedure tegen de medecontractant*. Zo geldt het vertrouwelijke karakter van een brief met aanbod tot dading niet wanneer de tegenpartij instemt met dit aanbod<sup>1093</sup>. Ook de vertrouwelijkheid van een

---

<sup>1090</sup> M.b.t. de ongepastheid van een ontslag om dringende reden: Arbh. Brussel 26 juni 2002, *Soc. Kron.* 2003, 188; Arbh. Antwerpen 22 maart 1982, *Soc. Kron.* 1984, 220 (fotokopiëren van stukken die door de werkgever als vertrouwelijk bestempeld worden teneinde over schriftelijke bewijzen te beschikken voor het verdedigen van zijn zaak is geen dringende reden wanneer niet wordt bewezen dat deze documenten aan de concurrentie werden overgemaakt en wanneer de werknemer te goeder trouw handelde); m.b.t. het beroepsgeheim: Gent 21 januari 2000, *TWVR* 2000, 146, noot J. STEVENS; m.b.t. de discretieplicht van de bankier: Arrondrb. Luxemburg 26 juni 1981, *Bank Fin.* 1983, 183 (Luxemburgse rechtspraak die stelt dat de bankier een rechtmatig belang kan hebben om de geheime informatie vrij te geven wegens de noodzaak van de bank om zich te kunnen verdedigen); Brussel 20 februari 2001, *RW* 2002-03, 383, noot R. STEENNOT (de vertrouwelijkheid in bankzaken verschuldigd aan de cliënt heeft als begrenzing dat de derde die zekerheden verschaft er niet onder mag lijden. Aan deze derde kan door de bank dan ook niet de inzage worden onthouden van de dossiers betreffende de kredieten die werden toegestaan aan de begunstigde van door hen verleende zekerheden, teneinde eventueel tegen de bank als kredietverlener een aansprakelijkheidsvordering in te stellen). Duitsland: F. DEPENHEUER, 19; A. MAIER, 331 (t.a.v. informeren advocaat voor het voeren van de procedure). Vgl. met de (Canadese) *Common Law*: R. MANES en M. SILVER, 78-84, in het bijzonder 81 en de verwijzingen aldaar. Deze auteurs stellen vast dat de belangen van een bank een uitzondering op de geheimhoudingsplicht kunnen rechtvaardigen. Dit omvat de noodzaak om informatie te gebruiken in een procedure tegen de cliënt, maar gaat ook op voor belangen buiten gerechtelijke procedures zoals de nood om een derde mee te delen dat zijn cheque niet kan worden uitbetaald omdat er te weinig fondsen op de rekening van de cliënt staan.

<sup>1091</sup> Zie voor een geval waarin de voorlegging van een vertrouwelijk document niet als noodzakelijk werd beschouwd: Cour d'appel Aix en Provence (18<sup>e</sup> kamer) 24 januari 2006, 2006-298570. Een ex-werkgever was een dading aangegaan met een ex-werkneemster. De partijen komen onder meer overeen dat de ex-werkgever geen inlichtingen zal verspreiden die de eer of goede naam van de werkneemster zouden kunnen aantasten (deze verplichting heeft o.m. betrekking op de redenen van haar ontslag). De ex-werkneemster verbindt zich ertoe om naar te toekomst toe niet meer op te treden als getuige in procedures tegen haar ex-werkgever. De ex-werkgever beslist echter om de ontslagbrief en de (zonder gevolg gebleven) strafrechtelijke klacht die betrekking hebben op de ex-werkneemster voor te leggen om haar betrouwbaarheid als getuige te ontkrachten in een oudere procedure. De rechter ziet hier eenodeloze miskennen van de aangegane geheimhoudingsplicht in om de ex-werkneemster niet in diskrediet te brengen.

<sup>1092</sup> Zie m.b.t. de uitlokking te kwader trouw bij het beroepsgeheim: *RPDB*, v<sup>o</sup> Secret professionnel, nr. 14. De geheimplichtige kan door de kwade trouw van de meester van het geheim worden gedwongen om de informatie toch te verspreiden, maar mag ook hier niet verder gaan dan het strikt noodzakelijke.

<sup>1093</sup> Gent 2 januari 2004, *P&B* 2004, 36. Tevens: Cass. 12 december 1985 *Pas.* 1985-86, 533 (wanneer een mededeling tussen advocaten, ook al is die vertrouwelijk gedaan uit naam van een partij, bepaalde

bemiddelingsprocedure<sup>1094</sup> strekt zich in beginsel niet uit tot de uiteindelijk totstandgekomen overeenkomst. Verder mag een vertrouwelijke arbitrale beslissing<sup>1095</sup> of een dading<sup>1096</sup> in rechte worden gebruikt om de inhoud ervan af te dwingen. Het tegendeel zou een potestatieve verbintenis in hoofde van de schuldenaar impliceren. Hij zou immers naar believen kunnen beslissen om de overeenkomst al dan niet na te leven, terwijl zijn medecontractant gehouden is tot het respecteren van de geheimhoudingsplicht. Men kan het gebruik van dergelijke informatie<sup>1097</sup> ter vrijwaring van de eigen rechtspositie in de relatie met de medecontractant dan ook beschouwen als een uitzondering die steeds, minstens impliciet, deel uitmaakt van de overeenkomst. Partijen die de risico's van dit gebruik in rechte wensen te vermijden, dienen naast de globale geheimhoudingsplicht een alternatieve vorm van geschillenbeslechting te voorzien (zoals een arbitrageprocedure<sup>1098</sup>) die de vertrouwelijke behandeling van de informatie op afdoende wijze garandeert.

Hoe dan ook wordt alleen de informatie waarvan de mededeling strikt noodzakelijk is, uitgezonderd van de geheimhoudingsplicht<sup>1099</sup>. De mededeling van andere, niet noodzakelijke vertrouwelijke informatie blijft een wanprestatie. De noodzakelijke informatie mag bovendien alleen in de procedure worden gebruikt. De geheimhoudingsplicht blijft buiten deze context overeind totdat wordt aangetoond dat het geheime karakter van de informatie is verdwenen.

---

voorstellen behelst die onvoorwaardelijk uit naam van de andere partij zijn aangenomen, verliest ze haar vertrouwelijk karakter zodat ze zonder toestemming van de stafhouder mag worden gebruikt).

<sup>1094</sup> Luik 15 januari 2007, *JLMB* 2007, 532, noot G. HIERNAUX; vgl. met onderhandelingen: J.-P. DARTIGUELONGUE, *Le secret dans les relations juridiques*, thesis universiteit Bordeaux, 1968, 174.

<sup>1095</sup> Privy Council 29 January 2003, *AEGIS v. European Re*, 2003 UKPC 11 (“[...] if the prohibition in the first paragraph of the confidentiality agreement that any disclosure of the arbitration result to any individual or entity was to be given an unrestricted construction, it would mean that any award would be unenforceable. [...] If the winner is precluded from referring to the award, he cannot enforce it whether as a declaration of his rights or as a monetary award. This would be fundamentally inconsistent with and frustrate the purpose of the arbitration” – het concrete juridische probleem in deze zaak ging nog een stap verder en had betrekking op de vraag of een partij zich op de beslissing kon beroepen met het oog op een *issue estoppel* (d.i. het *res judicata* beginsel) in een onafhankelijke, latere arbitrage tussen dezelfde partijen).

<sup>1096</sup> Cass. 1<sup>e</sup> civ. (fr.) 23 november 2004, nr. 03-12.709, Foin / Fidal, LexisNexis JurisClasseur (“[...] la cour d’appel a exactement énoncé que la clause de confidentialité contenue dans la transaction litigieuse ne pouvait s’imposer à la juridiction saisie de son exécution”).

<sup>1097</sup> Deze informatie is te onderscheiden van bijvoorbeeld het bestaan van een bemiddelings- of onderhandelingspoging of informatie die tijdens deze poging werd uitgewisseld. De partijen kunnen dergelijke informatie wel op geldige wijze uitsluiten (cf. art. 1728 Ger.W. en Voorz. Kh. Brussel 5 februari 1999, *JLMB* 1999, 559).

<sup>1098</sup> Het is betwist of vertrouwelijkheid een minstens impliciete verplichting uitmaakt van de arbitrageprocedure (zie uitgebreid: K. COX, *Arbitration Awards and Third Parties*, thesis universiteit K.U. Leuven 2009, 149-172, nrs. 7.04-7.46 (m.b.t. de procedure en de arbitrale beslissing)). Men mag ook niet uit het oog verliezen dat niet alleen de vertrouwelijkheid tijdens de arbitrageprocedure van belang is, maar ook de vertrouwelijkheid n.a.v. de tenuitvoerlegging van de arbitrale beslissing (zie hierover: L. GUGLYA, *Confidentiality in Enforcement Phase of International Arbitration*, Saarbrücken, VDM, 2008, in het bijzonder 39-51).

<sup>1099</sup> Zie wat het principe betreft: Cass. 25 november 2003, *Arr. Cass.* 2003, 2196 (De enkele omstandigheid dat de beklaagde aanvoert dat het hem ten laste gelegde misdrijf het gevolg is van provocatie door de politie brengt niet met zich mee dat het openbaar ministerie alle desbetreffende vertrouwelijke informatie aan de rechter moet overleggen. De rechter oordeelt onaantastbaar of de hem overgelegde feitelijke gegevens volstaan om zijn overtuiging te vormen).



#### 3.1.3.4 Doelstellingen waarvoor de informatie mag worden verspreid

**325.** Een volgende specifieke uitzondering is dat de geheimplichtige de informatie mag meedelen in de mate dat dit noodzakelijk is voor het bereiken van de doelstelling van de basisverhouding waarvoor de geheimhoudingsplicht werd aangegaan. Deze informatieverstrekking moet zowel wat betreft haar omvang als haar bestemmelingen beperkt blijven tot het strikt noodzakelijke. Deze doelstellingen kunnen uitdrukkelijk worden omschreven in de overeenkomst of impliciet voortvloeien uit het voorwerp ervan. Voorbeelden hiervan zijn de verstrekking van bankgegevens aan een bankier voor het verkrijgen van een lening, het verstrekken van gegevens over een uitvinding aan de eigen deskundigen en de verstrekking van klantgegevens aan de verkoop- en marketingafdeling. Deze doelstellingen worden vaak in de preambule vermeld (cf. randnr. 259).

#### 3.1.3.5 Personen aan wie de informatie mag worden verstrekt

**326.** De overeenkomst kan daarnaast een mechanisme bevatten om de personen te selecteren waaraan de geheimplichtige de informatie op zijn beurt mag meedelen. Een eerste, restrictieve mogelijkheid is om de toegelaten secundaire informatieverkrijgers (natuurlijke personen of rechtspersonen) *nominatim* op te sommen in de overeenkomst. Alleen deze personen komen dan in aanmerking voor een legitieme mededeling van de informatie. Het nadeel aan dit procedé is dat de identiteit van deze secundaire informatieverstrekkers volstrekt vastligt. Een nieuwe wilsovereenstemming tussen de meester van het geheim en de geheimplichtige is noodzakelijk indien één van de opgesomde natuurlijke personen overlijdt of de onderneming verlaat, respectievelijk wanneer een van de rechtspersonen wordt ontbonden of niet langer deel uitmaakt van de groep ondernemingen. Een tweede mogelijkheid is om een regeling uit te werken op basis van *abstracte criteria* (bv. op basis van de functies van personen in de onderneming). Dit mechanisme is flexibeler dan een opsomming van individuen. Alleen de abstracte categorieën van toegelaten secundaire informatieverkrijgers liggen namelijk vast. De identiteit van de specifieke individuen die er deel van uitmaken blijft vatbaar voor verandering zonder de nood aan een nieuwe wilsovereenstemming.

Wat moet gebeuren indien de overeenkomst geen uitdrukkelijke regeling bevat voor de aanduiding van secundaire informatieverkrijgers? Men zou een gebrek aan regeling op het eerste gezicht kunnen opvatten als een volstrekt verbod voor de informatieverkrijger om de informatie door te geven. De loutere vaststelling dat partijen iets niet *uitdrukkelijk* geregeld hebben, mag echter niet *ipso facto* worden opgevat als een wil om iets niet toe te staan. De reële wil van de partijen moet worden onderzocht op basis van interpretatie en aanvulling van de overeenkomst. Naargelang de context kan inderdaad blijken dat de informatieverkrijger de informatie niet mag doorgeven. Het is echter ook mogelijk dat een recht om de informatie door te geven impliciet valt af te leiden uit de overeenkomst. Dit is het geval indien een verbod op elke doorgave elk nut aan de overeenkomst zou ontnemen voor de primaire informatieverkrijger. Zo moet een rechtspersoon per definitie minstens één van haar

organen of aangestelden kennis laten nemen van de geheime informatie waarover zij beschikt. Zij kan de informatie immers niet rechtstreeks exploiteren. Dit impliciet uit het voorwerp van de overeenkomst voortvloeiende recht om de informatie door te geven moet te goeder trouw worden uitgeoefend in het licht van de doelstelling van de basisverhouding waarvoor de geheimhoudingsplicht is aangegaan.

De meester van het geheim kan de legitimiteit van de secundaire informatieverstrekking koppelen aan bijkomende vereisten. Hij kan bijvoorbeeld specifieke afspraken bedingen over de aansprakelijkheid van de primaire informatieverkrijger (bv. instaan voor het gedrag van de secundaire informatieverkrijger, sterkmaking tot geheimhouding of een verplichting om een uitdrukkelijke geheimhoudingsovereenkomst aan te gaan met de secundaire informatieverkrijger), voorwaarden stipuleren voor de identiteit van de secundaire informatieverkrijger, voorzien in een verplichting tot mededeling van de identiteit of in een verplichting om vooraf toestemming te vragen voor de informatieverstrekking.

Het valt nogmaals te benadrukken dat ten aanzien van sommige personen sprake kan zijn van een wettelijk recht of een wettelijke verplichting om informatie door te geven, zoals bedrijfsrevisoren<sup>1100</sup>.

#### 3.1.3.6 Modaliteiten voor de toegestane verspreiding en het toegestane gebruik

**327.** De geheimplichtige moet de geheimhoudingsplicht zo getrouw mogelijk respecteren. Dit verplicht hem om de weg van het minste gevaar op te zoeken bij een toegestane verspreiding of een toegestaan gebruik van de informatie. Zijn gedrag moet worden getoetst aan de criteria van de pertinentie en de proportionaliteit. Deze vaststelling geldt zowel voor een contractuele als een buitencontractuele geheimhoudingsplicht.

**1) Pertinentie.** De informatie mag alléén worden verspreid of gebruikt voor de contractueel (expliciet of impliciet) of wettelijk toegestane doeleinden.

Bij het onderzoek van een vordering tot echtscheiding kan de rechter geen rekening houden met de kopie van het maatschappelijk onderzoek dat is ingesteld op verzoek van het jeugdparket in het kader van het geding betreffende de voorlopige maatregelen, want dit document is vertrouwelijk en voor precieze doeleinden opgesteld door personen die bij de opstelling ervan de zekerheid moeten hebben dat het niet voor andere doeleinden zal worden gebruikt<sup>1101</sup>.

De werknemers die door hun functies gehouden zijn tot het raadplegen van gegevens gedekt door het beroepsgeheim, zoals het nationaal register van de fysieke personen, zijn gehouden tot een strikte geheimhoudingsplicht. Deze gegevens mogen enkel gebruikt worden in bijzondere gevallen,

---

<sup>1100</sup> Zie *supra* randnr. 313 en *cf.* Cass. soc. (fr.) 24 maart 1988, nr. 85-46.247, *Bull. civ.* 1988, V, 135, nr. 209.

<sup>1101</sup> Luik 9 oktober 2000, *JLMB* 2000, 628, noot S. THIELEN.

gerechtvaardigd door de noodwendigheden van de dienst. Een bewuste en gewoonlijke schending van dit beroepsgeheim maakt een dringende reden tot ontslag uit<sup>1102</sup>.

Een bank is gebonden door een discretieplicht voor de informatie van haar cliënteel. Deze gegevens mogen in beginsel niet worden verspreid of gebruikt voor doelstellingen die los staan van de concrete contractuele relatie waarvoor zij werden verstrekt. Het loutere feit dat de informatie wordt doorgegeven aan een andere bank, die gelet op haar hoedanigheid óók een discretieplicht in acht zal nemen ten aanzien van de informatie, heft de onrechtmatigheid van de (niet-noodzakelijke) informatieverstrekking niet op<sup>1103</sup>. De verspreiding aan een tiental personen van een met de bank afgesproken geheime code door de rekeninghouder zonder dat dit noodzakelijk is voor het geode beheer van de rekening is eveneens een fout<sup>1104</sup>.

**2) Proportionaliteit.** De informatie mag niet verder worden verspreid of op meer verregaande wijze worden gebruikt dan het strikt noodzakelijke om de toegestane doelstelling te bereiken.

Art. 1452 Ger.W. legt bijvoorbeeld aan de derde-beslagene slechts de verplichting op om aan te geven of hij al dan niet schuldenaar is van de beslagene. Het verplichten van de bankier-beslagene om het debetsaldo van de rekening aan te geven, overtreft dan ook de wettelijke mededelingsplicht en is strijdig met de discretieplicht die de bankier heeft ten aanzien van zijn cliënt<sup>1105</sup>. Het inzagerecht van art. 236 W. Reg. dient verder te worden beoordeeld op basis van het rechtmatig belang van de verzoekende partij, een notie die enger is dan deze van “belangstelling” en bovendien moet het proportionaliteitsprincipe worden nageleefd in het licht van het recht op een privéleven ten aanzien van de geviseerde informatie<sup>1106</sup>.

Het loutere feit dat de informatie legitiem wordt verspreid op basis van één van de hierboven beschreven uitzonderingen impliceert bovendien niet *ipso facto* dat de geheimhoudingsplicht in zijn geheel zou verdwijnen. Zo is het mogelijk dat de specifieke toelating van de meester van het geheim niet bestemd is als een globale afstand van zijn recht op geheimhouding, maar bijvoorbeeld slechts als een uitzonderlijke mededeling aan een secundaire informatieverkrijger (die bv. zelf kan worden onderworpen aan geheimhouding, zodat het geheime karakter gevrijwaard blijft naar de buitenwereld toe). Ook een uitzonderlijk recht op mededeling in een gerechtelijke of administratieve context hoeft niet per definitie tot gevolg te hebben dat het geheime karakter van de informatie als dusdanig verdwijnt. Het is mogelijk dat het geheime karakter van de informatie overeind blijft, bijvoorbeeld omdat de overheidsinstantie die de informatie opvraagt deze zelf als vertrouwelijk dient te behandelen.

De bewijslast van een tekortkoming rust in beginsel bij de partij die zich daar op beroept<sup>1107</sup>. Afspraken over de modaliteiten van de verspreiding of het gebruik

<sup>1102</sup> Arbrb. Brussel 4 november 1998, *Soc. Kron.* 2001, 275.

<sup>1103</sup> LG Ravensburg 20 januari 2005, 6 O 399/04, [www.juris.de](http://www.juris.de), nr. 27.

<sup>1104</sup> Brussel 19 november 2002, *RW* 2005-06, 1626, noot S. RUTTEN.

<sup>1105</sup> Beslagr. Brussel 20 november 1997, *TBH* 1998, 796, noot J. BUYLE en M. DELIERNEUX.

<sup>1106</sup> Vred. Roeselare 28 november 1996, *T. Vred.* 1997, 483.

<sup>1107</sup> Zie bv. Cour d'appel Lyon 29 juni 2006, nr. JurisData: 2006-311532.

kunnen een verschuiving van de bewijslast impliceren, waarbij de geheimplichtige moet bewijzen dat hij bepaalde feiten heeft bewerkstelligd zonder miskenning van deze afspraken<sup>1108</sup>.

## 3.2 Gebruiksverbod

### 3.2.1 Algemeen gebruiksverbod

**328. Nood aan een gebruiksverbod.** Een louter verspreidingsverbod beschermt de economische waarde van de informatie niet ten volle. Het is namelijk mogelijk dat de informatieverkrijger gebruik kan maken van de informatie op een manier die niet strookt met de belangen van de informatieverstrekker, doch zonder de verspreiding ervan met zich mee te brengen. Een exploitatieverbod laat de meester van het geheim toe om zijn feitelijke monopolie op het geheim volledig te vrijwaren. Hij kan hierdoor ook de economische gebruikswaarde van de informatie monopoliseren. De vraag rijst of een gebruiksverbod niet altijd, minstens impliciet, deel uitmaakt van de geheimhoudingsovereenkomst. In haar letterlijke betekenis omvat de geheimhoudingsplicht slechts een verbintenis om iets niet te verspreiden. Het gebruik van de informatie is in deze hypothese alleen onrechtmatig indien dit leidt tot de verspreiding van de informatie (bv. een idee voor een product wordt voor iedereen duidelijk wanneer men het product op de markt brengt). In de praktijk is een volledig exploitatieverbod (behoudens voor de toegestane doeleinden) echter vaak een essentieel onderdeel van de geheimhoudingsplicht. De geheimhoudingsplicht heeft namelijk doorgaans tot doel om zo goed mogelijk de situatie te benaderen alsof de informatie nooit was verstrekt (behalve dan wat de toegestane verspreiding en het toegestane gebruik betreft). Het doel van de informatieverstrekker is met andere woorden om zijn feitelijke monopolie zo uitgebreid mogelijk te vrijwaren. Indien de geheimplichtige geen kennis had genomen van de informatie zou hij deze nu eenmaal ook niet kunnen gebruiken voor andere dan de toegestane doeleinden.

De overeenkomst kan impliciet of expliciet duidelijk maken wat het toegestane gebruik van de informatie is. In een onderhandelingsovereenkomst (meer bepaald een “black box agreement”) is het doel van de informatieverstrekking bijvoorbeeld om de wenselijkheid van de uiteindelijke contractsluiting te beoordelen. Elk ander gebruik is uitgesloten.

**Voorbeeld:** “The Client hereby agrees that such information and/or documentation will not be used for any purpose other than for the purpose of evaluating the possibility of concluding such agreement as mentioned in 3 above and [...]”<sup>1109</sup>.

---

<sup>1108</sup> Tribunal de Commerce Parijs (16e kamer) 26 april 1993, nr. JurisData: 1993-040653 (m.b.t. bewijs dat een vennootschap was opgericht zonder gebruik van vertrouwelijke informatie); Cour d’appel Parijs (5<sup>e</sup> kamer, sectie B) 14 februari 1997, *JCP G* 1998, II, 10000, noot B. FAGES (m.b.t. bewijs dat informatie was gepubliceerd zonder miskenning van de geheimhoudingsplicht).

<sup>1109</sup> [www.walcopower.co.za/wp-content/uploads/2009/03/2-walco-power-confidentiality-agreement.pdf](http://www.walcopower.co.za/wp-content/uploads/2009/03/2-walco-power-confidentiality-agreement.pdf).

Het gebruiksverbod kan zich uitstrekken tot een verbod om de informatie niet weder samen te stellen (d.i. *reverse engineering*). Er is sprake van *reverse engineering* wanneer men de geheime informatie tracht te achterhalen door een analyse van het product waarin de informatie verwerkt zit. Dit is een geldige techniek om informatie te verkrijgen in de mate dat het product als dusdanig geldig werd verkregen. Bij een geheimhoudingsovereenkomst wordt het product echter slechts verkregen voor specifieke doeleinden en wordt het gebruik voor andere doeleinden verboden, zodat ook dergelijke wedersamenstelling is uitgesloten<sup>1110</sup>.

### 3.2.2 Bijzondere verschijningsvormen

#### 3.2.2.1 Octrooiverbod

**329.** De informatieverkrijger mag de vertrouwelijke informatie niet gebruiken in een octrooiaanvraag<sup>1111</sup>. Een dergelijk gebruik resulteert zowel in een onrechtmatige toewijding<sup>1112</sup> als in een onrechtmatige verspreiding<sup>1113</sup> van de informatie. De informatie van een octrooiaanvraag is immers toegankelijk voor het publiek.

**Voorbeeld:** “A disclosing party reserves the right to file patent applications relating to its Confidential Information. Neither party shall file a patent application claiming an invention that is essentially based on Confidential Information furnished by the other party”<sup>1114</sup>.

#### 3.2.2.2 Standstill-verplichting

**330.** De *standstill* verplichting wordt op twee manieren gebruikt. Het is enerzijds een mechanisme dat een rechtspersoon beschermt tegen een vijandig overnamebod van

---

<sup>1110</sup> De wetgever kan voorzien in regels die *reverse engineering* niettemin toelaten. Zie bv. art. 6 Richtlijn 2009/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's, *Pb. L.* 5 mei 2009, afl. 111, 16.

<sup>1111</sup> België: Brussel 20 juni 2008, 2007/AR/3214 en 2007/AR/3371, onuitg. (“il n'est pas fait grief à Sanofi d'avoir voulu modifier son brevet pour le faire correspondre à sa description, mais de l'avoir fait en utilisant une information qu'elle n'était pas censée connaître et qui était couverte par un accord de confidentialité”) Het Hof verklaarde het patent nietig wegens miskennis van een verbintenis om iets niet te doen. Zie tevens Arbh. Bergen 27 februari 1997, AR 11228, [www.juridat.be](http://www.juridat.be) (een werknemer die zelf een octrooi neemt op een dienstuitvinding miskent de loyauteitsplicht waartoe hij is gehouden op basis van art. 1134 BW). Verenigde Staten (Kansas): US District Court Kansas, *Paradigm Alliance v. Celeritas Technologies*, 22 september 2009, 2009 WL 3045464 (“The ‘processes’ disclosed by one party to another are specifically identified in the Non-Disclosure Agreements as confidential information, and thus, are governed by the agreements. As we noted in subsection (e), Celeritas’ patent application for the Cartridge, a product in which Paradigm’s processes are incorporated, constitutes ‘use’ of Paradigm’s confidential information. Accordingly, based on the evidence presented, a reasonable jury could find that Celeritas breached the parties’ 2003 and 2004 Non-Disclosure Agreements by filing its applications for patent regarding the Cartridge”).

<sup>1112</sup> Het als werknemer laten octrooieren van een dienstuitvinding is overigens een dringende reden tot ontslag (Arbrb. Charleroi 13 januari 1992, *JTT* 1992, 261) omdat het indruist tegen de loyauteitsplicht van de werknemer (Arbh. Bergen 27 februari 1997, [www.juridat.be](http://www.juridat.be)).

<sup>1113</sup> P. J. IDENBURG, *Kennis van zaken. Aspecten van know-how-recht in de Europese Gemeenschap en de Verenigde Staten*, Deventer, Kluwer, 1980, 91-92.

<sup>1114</sup> P. KURZ, 77.

een persoon die toegang heeft tot gevoelige informatie over de onderneming<sup>1115</sup>. Deze *standstill* vermindert of elimineert de voorsprong die deze toegang hem biedt aangezien het bod moet worden uitgesteld naar een tijdstip waarop de informatie minder actueel is. Anderzijds kan een partij zich naar aanleiding van onderhandelingen ertoe verbinden om gedurende enige tijd geen gesprekken te voeren met andere potentiële kandidaten<sup>1116</sup>. De bescherming vloeit ook hier voort uit het feit dat de informatie die tijdens deze gesprekken wordt meegedeeld minder actueel is op het tijdstip dat de “stilstaande” gesprekspartner zijn vrijheid herwint om contact te hebben met andere geïnteresseerden voor de beoogde operatie.

De vraag rijst in welke mate een geheimhoudingsovereenkomst een impliciete *standstill* verplichting bevat. Een geheimhoudingsovereenkomst verbiedt namelijk in beginsel het gebruik van informatie voor andere dan de toegestane doelstellingen. Het gebruik van informatie voor een vijandige overname is bij uitstek een vorm van gebruik dat de meester van het geheim zou wensen te vermijden. Men kan hierbij als uitgangspunt stellen dat de geheimplichtige zich alleen verbindt tot de niet-verspreiding en het niet-gebruik van de geheime informatie, niet tot het nalaten om andere handelingen te stellen. De meester van het geheim dient bijgevolg nog steeds te bewijzen dat de vijandige overname of de parallelle onderhandelingen daadwerkelijk een inbreuk zijn op de geheimhoudingsovereenkomst omdat zij gepaard gaan met een verspreiding of gebruik van de geheimen.

De partijen kunnen een uitdrukkelijke *standstill* verplichting stipuleren om dergelijke bewijsproblemen te vermijden. Dit biedt de meester van het geheim een verregaande bescherming voor de periode waarin het gebruik van de informatie voor een vijandige overname of parallelle onderhandelingen het schadelijkst zou zijn. Deze *standstill* verplichting geldt onafhankelijk van het verspreidings- en gebruiksverbod. De inwerkingtreding vereist bijgevolg geen daadwerkelijke mededeling van geheime informatie. Ook de duur ervan kan verschillen. De eerdere uitdoving van de *standstill* verplichting hoeft daarbij geen invloed te hebben op het voortduren van de geheimhoudingsplichten. Het gebruik van de informatie na afloop van de *standstill* verplichting blijft daardoor beperkt door de geheimhoudingsovereenkomst. Het blijft daardoor mogelijk dat een vijandige overname of een parallelle onderhandeling resulteert in een wanprestatie ten aanzien van de geheimhoudingsplicht. De verklaring hiervoor is niet dat de geheimhoudingsovereenkomst de handeling als dusdanig zou verbieden (dit vereist een *standstill* verplichting), maar omdat de handeling gepaard gaat met een verspreiding of gebruik van de informatie in strijd met deze overeenkomst.

---

<sup>1115</sup> Het gaat in deze context om een *standstill* verplichting ten laste van een potentiële overnemer. De conventionele beperkingen op de vrije overdraagbaarheid van effecten (cf. art. 510 W. Venn.) zijn ook een vorm van *standstill*, maar deze rust op de houders van de effecten.

<sup>1116</sup> Zie ook U. DRAETTA, “Pre-contractual documents in merger or acquisition negotiations: an overview of international practice”, *IBLJ/RDAI* 1991, (229) 240-246.

De autonomie van de *standstill* verplichting ten aanzien van de geheimhoudingsovereenkomst wordt treffend geïllustreerd door de Canadese zaak *Certicom v. RIM*<sup>1117</sup>. Certicom en RIM sluiten een geheimhoudingsovereenkomst op basis waarvan RIM geheime informatie zou verkrijgen van en over Certicom. Het doel van deze overeenkomst is om de wenselijkheid van een samenwerking tussen beide bedrijven te analyseren. De geheimhoudingsplichten hebben een duur van vijf jaar. De geheimhoudingsovereenkomst bevat tevens een *standstill* verplichting van 12 maanden. RIM lanceert na afloop van de *standstill* een vijandig overnamebod op Certicom. Certicom verweert zich met een vordering voor een injunctie tot stopzetting van dit overnamebod. De onderneming beklemtoont in haar vordering dat zij niet tot doel heeft om elk vijandig overnamebod van RIM te verbieden, maar slechts het gebruik van geheime informatie in kwestie wenst tegen te gaan (RIM zou bijgevolg nog steeds een vriendelijk overnamebod of een vijandig bod zonder gebruik van geheime informatie kunnen lanceren). De rechter staat deze injunctie toe: “[...] I have concluded that the standstill and the non-disclosure provisions are properly interpreted as separate clauses, providing different protections for different terms. The term of the absolute protection of the negotiated standstill is shorter than that provided by the non-disclosure provision. [...] After the standstill provision falls away, Certicom is left with longer-term protection that, among other things, entails the need for proof of disclosure *and* proof of use of confidential information. [...] After the standstill provision had expired, it was open to RIM to mount a hostile bid, provided that it had not received, and used, any Confidential Information in assessing the bid”.

Een *standstill* verplichting die slechts tot doel heeft om de verwerving van nieuwe aandelen (of andere stemverlenende effecten) te voorkomen is niet onderworpen aan de beperkingen van artikel 510 W. Venn. Dit artikel is slechts van toepassing op een verbod op de overdracht van effecten die men zelf bezit<sup>1118</sup>.

### 3.2.2.3 Afweringsverbod

**331. Afweringsverbod – definitie.** De nauwe samenwerking tussen informatieverstrekker en -verkrijger kan ertoe leiden dat de betrokken partijen een zeer goed beeld krijgen van de interne werking van de onderneming. Zij kunnen bijvoorbeeld de identiteit van de meest capabele werknemers of de meest waardevolle klanten ontdekken. Contractspartijen die wensen te voorkomen dat deze kennis in hun nadeel wordt gebruikt, kunnen een extra beschermingsmechanisme bedingen in de vorm van een niet-afweringsclausule (relatiebeding, *non-solicitation clause*, *clause de non-débauchage* of *non-embauchage*). Deze clausule bevat een verbod op actieve en/of passieve (pogingen tot) afwerving door de schuldenaar van de klanten en/of werknemers (of andere hulppersonen of uitvoeringsagenten) van de schuldeiser van het beding. Zoals bij de *standstill* wordt uit bewijsoverwegingen een specifieke handeling verboden om te vermijden dat zij ingegeven zou zijn door de geheime kennis. Het verhoopte voordeel van deze clausule is dat zij de bewijsproblemen die rijzen bij geheimhoudingsplichten (of oneerlijke handelspraktijken in verband met de

<sup>1117</sup> Ontario Superior Court of Justice 19 januari 2009, *Certicom Corp. v. Research in Motion Ltd.*, 71 CPR (4th) 278.

<sup>1118</sup> B. VAN BRUYSTEGEM, “Art. 510 W. Venn.”, *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 11 februari 2004, titel I.a.

afwerving van personeel of cliënteel<sup>1119</sup> op basis van resp. voor het bekomen van geheime informatie) reduceert zonder dat haar geldigheid even streng moet worden beoordeeld als een niet-concurrentiebeding *sensu stricto*. De impact van het niet-afwervingsbeding op de vrijheid van de schuldenaar is immers beperkter dan een niet-concurrentiebeding *sensu stricto*. Deze laatste bedingen viseren niet alleen het bewerken van de specifieke werknemers of klanten van de schuldeisers als dusdanig, maar de onderliggende activiteit waarvoor de werknemers worden ingeschakeld of de klanten worden bewerkt. De keerzijde van de medaille is echter dat ook het beschermingsniveau van een niet-afwervingsclausule beperkter is. Deze bedingen beperken bovendien de vrijheid van de schuldenaar wel op een verregaandere wijze dan geheimhoudingsbedingen. Zij verbieden namelijk het (actieve of passieve) contact tussen de schuldenaar en klanten of werknemers als dusdanig, los van het feit of dit al dan niet gepaard gaat met de verspreiding of het gebruik van vertrouwelijke informatie. Daarin schuilt overigens net hun toegevoegde waarde op geheimhoudingsbedingen.

**332. Afwervingsverbod in een gemeenrechtelijke context (“horizontale beperkingen”).** Afwervingsclausules worden in een gemeenrechtelijke context bij uitstek gebruikt voor dienstenovereenkomsten waarbij de aannemer zijn werknemers inschakelt om prestaties te verrichten bij de opdrachtgever. De aannemer wil dan voorkomen dat deze tijdelijke detachering van zijn werknemer uitmondt in een definitieve afwerving door de opdrachtgever. Alleen de twee ondernemingen zijn rechtstreeks partij bij deze clausule. De werknemer is slechts een lijdend voorwerp.

*Verbod op actieve afwerving in het gemene recht.* Bij een verbod op actieve afwerving verbindt de schuldenaar van dit beding zich alléén tot passiviteit, d.i. tot het niet op eigen initiatief benaderen van de klanten of werknemers van de schuldenaar. Het staat hem vrij om de concurrerende activiteit als dusdanig uit te oefenen en om een eigen klanten- of personeelsbestand samen te stellen. Het is hem eveneens toegestaan om contracten af te sluiten met klanten of werknemers van de schuldeiser van het beding die hem *op hun eigen initiatief* opzoeken. De geldigheid van deze afspraken hangt af van hun specifieke weerslag op de vrijheid van mededinging en arbeid van de schuldenaar. Beperkingen op deze vrijheid zijn namelijk geoorloofd zolang ze niet leiden tot de uitholling ervan<sup>1120</sup>. In normale marktomstandigheden is de impact van deze bedingen zeer beperkt (de impact zou bijvoorbeeld wel onaanvaardbaar zwaar kunnen zijn indien de schuldeiser van het beding een quasi-monopolie geniet op de markt en de schuldenaar een nieuwe, relatief onbekende marktspeeler is), zodat de geldigheid van de clausule niet problematisch is.

Het beschermingsniveau van een actief afwervingsverbod is vrij laag aangezien de klanten of werknemers die niet specifiek mogen worden benaderd nog steeds kennis kunnen nemen van aanbiedingen die niet specifiek aan hen zijn gericht (bv.

---

<sup>1119</sup> Zie o.m. D. DESSARD, *Les usages honnêtes*, Brussel, Larcier, 2007, 102-105 (personeel) en 184-186 (cliënteel).

<sup>1120</sup> Gent 13 februari 2008, *TBH* 2010, 142.



krantenadvertenties)<sup>1121</sup>. Een clause die dergelijke eerder toevallige *spill-overs* (waarbij algemene reclame ook de specifiek afgeschermdde doelgroep bereikt) verbiedt, resulteert in een verdergaande beperking van de mededinging aangezien dit de mogelijkheid tot werving van ongebonden klanten (resp. andere werknemers) ernstig hypothekeert. Deze klanten of werknemers zijn bovendien zelf -gelet op het principiële gebrek aan derdenwerking van een overeenkomst (art. 1165 BW)- niet verplicht om rekening te houden met de niet-afwervingsclause. Er is daardoor (behoudens gevallen van simulatie) geen sprake van enige derdemedeplichtigheid aan contractsbreuk in hoofde van de werknemer of klant die zelf contact opneemt met de schuldenaar van het beding. De niet-afwervingsclause verbiedt in deze hypothese immers slechts (inspanningen voor) een contractsluiting *op initiatief van de schuldenaar van de clause*. Een niet-afwervingsclause die alleen actieve afwerving verbiedt, kan dan ook op eenvoudige wijze worden omzeild. De betrokkenen kunnen immers simuleren dat het initiatief tot afwerving uitgaat van de werknemer of klant. Om dit te vermijden, kan worden gestipuleerd dat het loutere feit van deze aanwerving de schuldenaar van het beding binden een bepaalde termijn verplicht tot betaling van een forfaitaire vergoeding<sup>1122</sup>, ongeacht van wie het initiatief uitgaat.

*Verbod op passieve afwerving in het gemene recht.* Een partij die geen genoegen neemt met een verbod op actieve afwerving kan een passieve component toevoegen aan het afwervingsverbod<sup>1123</sup>. Een verbod op passieve afwerving verbiedt de schuldenaar van het beding om te contracteren met (ex-)klanten of (ex-<sup>1124</sup>)personeelsleden die zelfs op eigen initiatief contact met hem opnemen. Niet-afwervingsclausules die contractsluitingen tussen een passief gebleven schuldenaar en actief opgetreden *klant* verbieden, zijn in werkelijkheid een niet-concurrentiebeding. Zij verbieden onrechtstreeks immers ook de uitoefening van de onderliggende activiteit ten aanzien van een deel van de markt. Zij moeten strenger worden

---

<sup>1121</sup> De Engelse auteurs Holland en Burnett stellen hierover dat “it is also probable that indirect approaches such as advertising in newspapers and trade journals will constitute solicitation [...] and New Zealand authority (*Sweeney v Astle* (1923) 42 NZLR 1198) indicates that advertising which spills over into the protected area so that customers become aware of the employee’s position will be outlawed” (J. HOLLAND en S. BURNETT, *Employment law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 217, nr. 8.8.5.1). Zij gaan er m.a.w. van uit dat ook de onrechtstreekse bewerking van cliënteel verboden wordt.

<sup>1122</sup> Indien een dergelijke vergoeding toch wordt gekwalificeerd als een schadevergoeding wegens miskenning van een afwervingsverbod, is zij vatbaar voor matiging op basis van de gemeenrechtelijke bepalingen van het schadebeding (art. 1231 BW; cf. Gent 13 februari 2008, *TBH* 2010, 142). Zoniet is zij alleen vatbaar voor matiging op basis van rechtsmisbruik.

<sup>1123</sup> De Franse rechtspraak en rechtsleer heeft doorgaans betrekking op niet-afwervingsbedingen die ook een passieve component bevatten (cf. M. DEPINCE, “La clause de non-concurrence post-contractuelle et ses alternatives”, *RTD Com.* 2009, (259) 269).

<sup>1124</sup> Het niet-afwervingsbeding blijft in beginsel gelden ten aanzien van klanten of werknemers die geen relatie meer hebben met de schuldeiser van het beding. Zoniet loopt de schuldeiser het risico op simulatie waarbij de klant of werknemer ogenschijnlijk op eigen initiatief de relatie stopzet. Bovendien zou de ongebonden schuldenaar ook hier een concurrentieel voordeel genieten voor de bewerking van deze personen. De schuldeiser kan namelijk trachten om de personen terug voor zich te winnen en zou hier in gestoord kunnen worden door gedragingen van de schuldenaar van het beding. Zie tevens Gent 13 februari 2008, *TBH* 2010, 142.

beoordeeld<sup>1125</sup> dan een louter verbod om cliënteel actief te benaderen. De geldigheid van een verbod van passieve afwerving van *werknemers* is nog problematischer omdat hier het risico bestaat dat de vrijheid van arbeid van de werknemer buitensporig in het gedrang komt. Bovendien kan het beroep op een dergelijke *in se* geldige clause op basis van de concrete omstandigheden uitmonden in rechtsmisbruik<sup>1126</sup>.

Een geldig passief afwervingsverbod komt in aanmerking voor derdemedeplichtigheid aan contractsbreuk.

Zo brengt de voorzitter van het directiecomité van een onderneming die haar medecontractant een geldig niet-afwervingsbeding van personeel laat ondertekenen zijn buitencontractuele aansprakelijkheid in het gedrang wanneer hij vervolgens overstapt en gedelegeerd bestuurder wordt van een door de schuldenaar van het beding nieuw opgerichte vennootschap<sup>1127</sup>.

*Geldigheid van een gemeenrechtelijk afwervingsbeding (“horizontale beperking”) ten aanzien van werknemers in het licht van de vrijheid van arbeid voor de betrokken werknemer.* Hierboven werd geponeerd dat een gemeenrechtelijk afwervingsbeding *geldig*<sup>1128</sup> is zolang de vrijheid van mededinging of arbeid niet op onredelijke wijze in het gedrang komt. Afwervingsbedingen die hun schuldenaar slechts verbieden om *actief* personeel af te werven van de schuldeiser-werkgever brengen de vrijheid van arbeid van de werknemer op geen enkele wijze in het gedrang. De werknemer blijft immers vrij om op eigen initiatief te solliciteren bij de schuldenaar van het beding. Bedingen waarbij de schuldenaar zich ertoe verbindt om geen personeelsleden van de schuldeiser tewerk te stellen zelfs indien het initiatief van de werknemer uitgaat, beperken de vrijheid van arbeid echter wel (ook al is deze werknemer niet rechtstreeks gebonden aan deze contractuele afspraak – cf art. 1165 BW). De werknemer ziet zich immers de mogelijkheid ontzegd om vanuit de meest gunstige positie te onderhandelen over zijn tewerkstelling. Alleen de draagwijdte van de beperking kan verschillen. De vrijheid van de werknemer wordt amper beperkt indien hij de keuze heeft uit zeer veel mogelijk geïnteresseerde werkgevers. De uitsluiting van één geïnteresseerde werkgever zal dan hooguit zijn onderhandelingspositie wat verzwakken. Hij kan nog steeds worden aangeworven door om het even welke andere, niet-gebonden ondernemer. De vrijheid wordt op een meer verregaande wijze beperkt naarmate het aantal potentiële werkgevers kleiner is. Hoe dan ook heeft deze

---

<sup>1125</sup> Gent 17 september 2008, *Jaarboek Handelspraktijken* 2008, 495 (verbod tot afwerving van cliënteel is strijdig met de vrijheid van handel bij gebrek aan beperking in de tijd); Antwerpen 25 november 1991, *Jaarboek Handelspraktijken* 1991, 47, noot R. STRUBBE (verbod tot afwerving van overgedragen cliënteel was onbeperkt in tijd en ruimte. Het miskende daardoor de openbare orde wegens strijdigheid met de persoonlijke vrijheid en de vrijheid van handel). Zie tevens M. DEPINCE, “La clause de non-concurrence post-contractuelle et ses alternatives”, *RTD Com.* 2009, (259) 268.

<sup>1126</sup> Arbh. Luik 18 juni 2007, *JTT* 2007, 464. Het ging om de potentiële aanwerving van een werknemer die niet lang tewerkgesteld was bij zijn vroegere werkgever en die er geen strategische functie bekleedde, terwijl het bedrag van de vergoeding zeer hoog was.

<sup>1127</sup> Cass. com. (fr.) 28 januari 2003, *Juris-Data* nr. 2003-017618. De bodemrechter oordeelde ten onrechte dat de vennootschap zich niet op het afwervingsverbod kon beroepen in het raam van een buitencontractuele aansprakelijkheidsvordering tegen deze bestuurder. Het Franse Hof vernietigde deze beslissing wegens miskening van de artt. 1165 en 1382 CC.

<sup>1128</sup> Zie bv. het reeds aangehaalde Arbh. Luik 18 juni 2007, *JTT* 2007, 464.

beperking van de mededingingsvrijheid van de potentiële nieuwe werkgever onrechtstreeks tot gevolg dat de vrijheid van arbeid van de werknemer in min of meerdere mate wordt beperkt. Deze beperkingen op de arbeidsvrijheid worden niet geschraagd door een specifieke wettelijke bepaling. De vraag rijst dan ook of dergelijke afspraken (voor zover ze resulteren in buitensporige beperkingen) riskeren nietig te worden verklaard wegens ongeoorloofde oorzaak op basis van een ruime interpretatie van het cassatiearrest van 29 september 2008<sup>1129</sup>. Dat de werknemer slechts een derde is bij de overeenkomst, is alleszins geen vrijbrief voor de betrokken contractspartijen. De ongeoorloofdheid van de oorzaak overstijgt de rechtsverhouding tussen de partijen aangezien zij moet worden getoetst aan de openbare orde en goede zeden (art. 1133 BW). De beperking van *anderemans* grondrecht kan de oorzaak van een overeenkomst daardoor evenzeer ongeoorloofd maken. Het is wel zo dat het niet-afweringsbeding van werknemers in de relatie tussen twee ondernemingen niet hoeft te voldoen aan de vereisten van het arbeidsrechtelijke niet-concurrentiebeding (cf. art. 65 Arbeidsovereenkomstenwet)<sup>1130</sup>.

De vraag naar de geoorloofdheid van dergelijke “horizontale” beperkingen tussen twee ondernemingen kan als volgt worden benaderd. Elke (potentiële) werkgever heeft in beginsel het recht om werknemers af te werven van andere werkgevers. Een personeelsbestand is, net zomin als cliënteel, immers niet het voorwerp van een volwaardig eigendomsrecht. De werkgever kan op basis van concrete omstandigheden echter een legitiem belang hebben om bepaalde handelingen ten aanzien van zijn personeel tegen te gaan. Het risico van afwerving van personeel door potentiële werkgevers die een blik konden werpen op de interne keuken van de oorspronkelijke werkgever kan bijvoorbeeld een legitiem belang zijn. De zoektocht naar gekwalificeerd personeel kan immers zeer lang duren en aanzienlijke kosten met zich meebrengen. Dit legitieme belang moet worden afgewogen tegenover (de vrijheid van mededinging van de rechtstreekse medecontractant en) de vrijheid van arbeid van de werknemer als “lijdend voorwerp” van het afweringsverbod. Het lijkt daarbij een stap te ver om te poneren dat om het even welke niet-afweringsafpraak tussen twee ondernemingen categoriek onrechtmatig is. Men mag daarbij niet uit het oog verliezen dat de werknemer geen subjectief recht op tewerkstelling kan laten gelden bij een specifieke werkgever. De beslissing tot aanwerving van een werknemer berust op een discretionaire keuze van de geïnteresseerde werkgever. Behoudens situaties van rechtsmisbruik of buitensporige beperking van de vrijheid van de werknemer hoeft niet elke afspraak over de uitoefening van dit discretionaire keuzerecht *ipso facto* als ongeoorloofd te worden beschouwd. Het afweringsverbod is, bekeken vanuit een strikt gemeenrechtelijk perspectief, slechts onrechtmatig indien het een buitensporige beperking van de arbeidsvrijheid van de werknemer (of mededingingsvrijheid van de geïnteresseerde werkgever) met zich meebrengt. Dit is niet het geval voor elk afweringsverbod.

---

<sup>1129</sup> Cass. 29 september 2008, *JTT* 2008, 464, concl. J.-M. GENICOT en noot M.L. WANTIEZ. Zie ook *infra* randnr. 335.

<sup>1130</sup> Gent 13 februari 2008, *TBH* 2010, 142.

Het hof van beroep van Lyon oordeelde tevens in deze zin<sup>1131</sup>. Twee ondernemingen gingen een wederkerig niet-afwervingsbeding aan om hun personeelsbestand te beschermen tegen afwerving. Een contractspartner miskent deze afspraak door een personeelslid van de medecontractant aan te werven voordat de termijn van het niet-afwervingsbeding is verstreken. Het hof wordt geconfronteerd met de vraag of dit niet-afwervingsbeding moet worden opgevat als een niet-concurrentiebeding en of het beding wel een geldige oorzaak heeft. Zij beantwoordt de eerste vraag afwijzend en de tweede vraag bevestigend: “Attendu que la clause de non-sollicitation litigieuse ne constitue pas une clause de non-concurrence, cette dernière s’entendant de l’interdiction faite à un salarié à compter de la fin de son contrat de travail d’exercer certaines fonctions, pendant une certaine durée, sur un certain territoire; qu’en l’espèce, il s’agit d’une stipulation conclue librement entre deux sociétés commerciales en rapports d’affaires, prévoyant une obligation réciproque de non-sollicitation dans le but d’assurer la loyauté de l’exécution de la convention de collaboration; que chacune des sociétés avait intérêt à se protéger contre un éventuel proche départ, voire détournement de ses salariés que s’agissant spécialement de [...] son collaborateur, avait acquis une connaissance spécifique du système informatique [...] et que l’appelante avait donc un intérêt légitime à se prémunir contre le départ de son salarié; que la clause de non-sollicitation -dont le bénéfice est réciproque- n’est pas dépourvue de cause et qu’elle est valide”. Aangezien dergelijke bedingen geen niet-concurrentiebedingen in de strikte zin zijn, hoeven zij ook geen rekening te houden met de klassieke vereisten die daarvoor gelden, zoals een geografische beperking of zelfs een beperking tot gelijkaardige activiteiten<sup>1132</sup>.

In het Duitse recht zijn niet-afwervingsbedingen met een afwervingsverbod voor werknemers niet in rechte afdwingbaar (§ 75f HGB). Dit geldt zowel voor niet-afwervingsbedingen in de relatie met een andere onderneming als niet-afwervingsbedingen in de relatie met de werknemers zelf. Wat deze laatste relatie betreft, geldt de niet-afdwingbaarheid van deze bedingen volgens de letter van §75f HGB slechts voor de (ex-)werknemer die collega’s poogt af te werven voor eigen rekening en niet voor de (ex-)werknemer die wenst af te werven voor rekening van derden. In de hypothese dat de werknemer zou afwerven voor rekening van derden zou het niet-afwervingsbeding wel afdwingbaar zijn<sup>1133</sup>. Naar Engels recht zijn actieve afwervingsclausules van personeel geldig ten laste van werknemers (“employee non-poaching covenants”), maar is de geldigheid van passieve afwervingsclausules betwist (“employee non-employment covenants”)<sup>1134</sup>. Ook de rechtbanken in de Amerikaanse staten tonen zich bereid om bedingen met een actief afwervingsverbod af te dwingen, al kunnen gelijkaardige bedingen anders worden beoordeeld in de verschillende jurisdicties<sup>1135</sup>. Een contractueel afwervingsverbod is

<sup>1131</sup> Cour d’appel Lyon (3<sup>e</sup> chambre Civile) 12 juli 2005, Juris-Data nr. 2005-284803.

<sup>1132</sup> Cass. com. (fr.) 11 juli 2006, Juris-Data nr. 2006-034737.

<sup>1133</sup> Ph. SCHLOBER, “Effektiver Schutz der Belegschaft durch vertragliche Abwerbeverbote”, *BB* 2003, (1382) 1386.

<sup>1134</sup> P. GOULDING (ed.), *Employee competition – Covenants, Confidentiality, and Garden Leave*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 276-278; zie tevens voor een analyse van de mogelijke draagwijdte van de clausule: D. CABRELLI, “Post-termination covenants in the spotlight again”, 33 *Indus. L.J.* 167.

<sup>1135</sup> E. NICHOLAS, “Drafting enforceable non-solicitation agreements in Kentucky”, 95 *Ky. L.J.* 505. Ook hier riskeert een passief afwervingsverbod te worden geherkwalificeerd naar een niet-concurrentiebeding. Zie voor de staat Georgia: D. BENSON en S. DANIEL, “New race to Tennessee and Georgia courthouses over non-competition agreements”, 41-OCT *Tenn. B.J.* 18.

een vorm van *restraint of trade* en wordt dan ook getoetst aan de geldigheidsvereisten van deze doctrine (*cf. infra* randnr. 423)<sup>1136</sup>.

Hoe dan ook impliceert het loutere bestaan van een niet-afwervingsbeding van personeel in de relatie tussen twee ondernemingen niet *ipso facto* dat schade wordt berokkend aan de niet-afwerfbare werknemers. Het blijft bijvoorbeeld mogelijk dat de schuldenaar van het beding reeds uit zichzelf geen enkele interesse heeft om de werknemer aan te werven<sup>1137</sup>.

De partijen kunnen, om het gevaar van nietigheid wegens ongeoorloofde oorzaak te vermijden, voorzien in de betaling van een beperkte forfaitaire vergoeding door de schuldenaar in geval van passieve afwerving. Dit resulteert niet in een verbod op passieve afwerving. Het gaat bijgevolg niet om een schadebeding. De vergoeding is in deze hypothese slechts een vergoeding voor een daadwerkelijk geleverde prestatie, zijnde de kennismaking met een werknemer die interessant genoeg is om aan te werven<sup>1138</sup>. Ook deze vergoeding mag niet buitensporig hoog zijn. Zoniet resulteert zij alsnog in een onrechtstreekse beperking van de vrijheid van arbeid van de geviseerde werknemer.

**333. Afwervingsverbod in een arbeidsrechtelijke context (“verticale beperkingen”).** De voorgaande vaststellingen hebben betrekking op afwervingsbedingen tussen contractspartijen in het algemeen. De vraag rijst of een afwervingsverbod strookt met de dwingende bepalingen van de Arbeidsovereenkomstenwet. De informatieverstrekker kan namelijk wensen om zijn (ex-)werknemers rechtstreeks te binden aan een afwervingsbeding. Zij hebben immers bij uitstek toegang gehad tot de interne werking van de onderneming en hebben daardoor een gedetailleerde kennis over de andere werknemers en klanten van de onderneming. Zij kunnen naderhand trachten om zich te laten aanwerven bij een andere werkgever of om cliënteel of personeel van de ex-werkgever af te werven op basis van deze kennis.

**334. Eerste type verticale beperking: contractueel verbod voor de werknemer om zichzelf af te werven of om in dienst te treden bij specifieke werkgevers?** Een eerste hypothese is dat de arbeidsovereenkomst de werknemer zou verbieden om zelf een andere werkgever te benaderen of om zich te laten aanwerven door een andere werkgever (of desgevallend om op zelfstandige basis een economische activiteit op te

---

<sup>1136</sup> Zie bv. Supreme Court (Monroe County, New York) 21 juli 2005, *Lazer Inc. v. Kesselring*, 823 NYS2d 834 (“But an agreement of the kind found here, restricting as it does a former employee’s freedom to solicit his former co-employees, necessarily also affects ‘the general competitive mold of society [...] and is in derogation of the concept [...] that ‘our economy is premised on the competition engendered by the uninhibited flow of services, talent and ideas’”).

<sup>1137</sup> *Cf.* Cour d’appel Metz (chambre Sociale) 3 maart 2004, Juris-Data nr. 2004-250435.

<sup>1138</sup> Deze clausule heeft betrekking op de daadwerkelijke afwerving van de werknemer. Dit impliceert dat de werknemer ontslag neemt bij zijn oorspronkelijke werkgever en wordt aangeworven door een nieuwe werkgever. Een terbeschikkingstelling van de werknemer door de oude werkgever aan de nieuwe is daarentegen in beginsel verboden (*cf.* art. 31, § 1, eerste lid Wet van 24 juli 1987 betreffende de tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en het ter beschikking stellen van werknemers ten behoeve van gebruikers, toch toegelaten).

starten). Een dergelijk verbod is alléén geldig indien het voldoet aan de vereisten van het arbeidsrechtelijke niet-concurrentiebeding (art. 65 Arbeidsovereenkomstenwet). Het mag alleen gaan om een verbod om soortgelijke activiteiten uit te oefenen (hetzij op zelfstandige basis, hetzij bij een concurrerende onderneming) dat geografisch en in de tijd beperkt moet zijn. Het moet bovendien gepaard gaan met een financiële vergoeding en het mag niet voorkomen in arbeidsovereenkomsten waarvan het jaarloon bepaalde drempels niet overschrijdt (art 65 en 86 Arbeidsovereenkomstenwet<sup>1139</sup>). Alleen in deze hypothese is een beperking toegestaan op de vrijheid van de werknemer om eerlijke daden van concurrentie te stellen na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst<sup>1140</sup>.

Zo oordeelde de arbeidsrechtbank van Antwerpen<sup>1141</sup> dat een beding dat de werknemer verbiedt om na het einde van de arbeidsovereenkomst bij een andere werkgever in dienst te treden indien deze ooit klant is geweest van de ex-werkgever en de ex-werknemer er ooit een opdracht uitvoerde voor rekening van zijn vorige werkgever een niet-concurrentiebeding is dat te ruim is gelet op de vereisten van de artikelen 65, §1 en 86 Arbeidsovereenkomstenwet. De rechtbank beschouwde het beding daarenboven als absoluut nietig wegens strijdigheid met de vrijheid van arbeid, die van openbare orde is<sup>1142</sup>. Het hof van beroep te Lyon kwam tot een gelijkaardige conclusie naar Frans recht<sup>1143</sup>. Een arbeidsovereenkomst bevatte de volgende clausule: “en cas de rupture du présent contrat quelle qu’en soit la cause, sans que cela ne constitue une clause de non-concurrence, [...] s’engage à ne pas rentrer au service de l’un des mandants de la société dans son activité d’agence commerciale ou de travailler avec l’un des mandants d’une manière directe ou indirecte et ce pendant une durée de trois années”. De rechtbank stelde vast dat de betwiste clausule een werknemer rechtstreeks verbood om op enige wijze contact te houden met de commerciële partners van zijn werkgever en oordeelde “que cette obligation ayant pour conséquence de limiter les possibilités données au salarié de retrouver un emploi auprès d’une entreprise concurrente, il s’agit bien d’une clause de non-concurrence, nonobstant la qualification contraire donnée par le rédacteur du contrat”.

Een nog strengere regeling geldt voor arbeidsovereenkomsten inzake uitzendarbeid. Dit zijn overeenkomsten waarbij de werknemer zich ten aanzien van het uitzendkantoor verbindt om tijdelijke arbeid te verrichten bij één of meerdere gebruikers van het uitzendkantoor. Art. 16 Wet 24 juli 1987 betreffende de tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en het ter beschikking stellen van werknemers ten behoeve van gebruikers<sup>1144</sup> stelt uitdrukkelijk dat contractuele bedingen die de uitzendkracht

---

<sup>1139</sup> Zie voor handelsvertegenwoordigers: art. 104 *et seq.* Arbeidsovereenkomstenwet.

<sup>1140</sup> Arbrb. Brussel 24 april 2002, *Soc. Kron.* 2006, 357, noot (beslissing ten gronde); Arbrb. Antwerpen 17 november 1998, *Soc. Kron.* 2000, 395. *Contra*: Voorz. Arbrb. Brussel 5 januari 2001, *JTT* 2001, 333, noot B.-H. VINCENT (d.i. een beslissing in kort geding in de zaak die beslecht werd door Arbrb. Brussel 24 april 2002).

<sup>1141</sup> Arbrb. Antwerpen 17 november 1998, *Soc. Kron.* 2000, 395.

<sup>1142</sup> Zie in dit verband ook het ruim geformuleerde cassatiearrest van 29 september 2008: Cass. 29 september 2008, *JTT* 2008, 464, concl. J.-M. GENICOT en noot M.L. WANTIEZ (zie voor een bespreking van dit arrest ook *infra* randnr. 335). Dit arrest had wel betrekking op een zeer bijzondere vorm van beperking. Een voetballer had zijn vrijheid om in dienst te treden van een andere voetbalclub namelijk vervreemd en kon deze slechts herwinnen mits betaling van een geldsom. Het Hof baseerde haar uitspraak op de ongeldige oorzaak (artt. 1131 en 1133 BW) als rechtsgrond.

<sup>1143</sup> Cour d’appel Lyon (chambre sociale B) 10 september 2008, nr. Juris-Data 2008-004153.

<sup>1144</sup> BS 20 augustus 1987, 12405.

verbieden om zich (rechtstreeks) bij een gebruiker te verbinden als niet bestaande worden beschouwd. Afwerfingsbedingen die de interimkracht verbieden om rechtstreeks in dienst te treden van de gebruiker na afloop van de arbeidsovereenkomst voor tijdelijke arbeid zijn bijgevolg nietig. De rechtspraak zag er echter geen graten in dat twee ondernemingen onderling overeenkomen dat de ene een uitzendkracht van de andere niet zal afwerven<sup>1145</sup>.

**335. Tweede type verticale beperking: contractueel verbod voor de werknemer om cliënteel van de (ex-)werkgever af te werven?** Er is een poging tot afwerving van cliënteel wanneer de werknemer na afloop van zijn arbeidsrelatie beslist om een concurrerende activiteit uit te oefenen (hetzij via een nieuwe arbeidsrelatie met een concurrent, hetzij op zelfstandige basis) en in het raam daarvan de klanten van de ex-werkgever benadert. De nood aan en geldigheid van afwerfingsbedingen in arbeidsrechtelijke relaties wordt beïnvloed door de bepalingen van de Arbeidsovereenkomstenwet.

Wat de *nood* aan dergelijke bedingen betreft, moet eerst worden nagegaan of de afwerving in kwestie een eerlijke of oneerlijke daad van concurrentie is. Artikel 17, 3°, b) Arbeidsovereenkomstenwet verbiedt namelijk uitdrukkelijk het verrichten van daden van *oneerlijke concurrentie* tijdens of na de arbeidsrelatie. De oneerlijke afwerving van werknemers of klanten is bijgevolg reeds verboden zonder uitdrukkelijk niet-afwerfingsbeding. Een afwerving van personeel of cliënteel is oneerlijk wanneer de (actieve) inspanningen tot afwerving een verregaande destabilisatie van de onderneming veroorzaken of wanneer zij gepaard gaan met het onrechtmatige gebruik van geheime informatie of de poging om deze te verkrijgen (bv. omdat het gaat om zakengeheimen van de ex-werkgever – art. 17, 3°, a) Arbeidsovereenkomstenwet)<sup>1146</sup>. Een vraag die men zich kan stellen is of de werknemer en werkgever contractueel kunnen omschrijven wat zij als oneerlijke concurrentie in de zin van artikel 17, 3°, b) Arbeidsovereenkomst beschouwen<sup>1147</sup> en zo bijvoorbeeld kunnen overeenkomen dat het bezoeken van klanten gedurende enige tijd na de beëindiging van de arbeidsrelatie *ipso facto* onrechtmatige concurrentie is. Hierboven werd reeds geponeerd dat de partijen geen afwijkende subjectieve, contractuele invulling kunnen geven aan dwingendrechtelijke definities (*supra* randnr. 250). De rechter moet bijgevolg toetsen of de handelingen in kwestie objectief daden van oneerlijke concurrentie uitmaken of niet<sup>1148</sup>. Deze redenering geldt in het raam

<sup>1145</sup> Gent 13 februari 2008, *TBH* 2010, 142.

<sup>1146</sup> Zie o.m.: Voorz. Kh. Mechelen 25 oktober 1990, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 1990, 495 (klantenlijsten); Luik 19 oktober 1993, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 1993, 499 (technische gegevens en klantenlijsten); Voorz. Kh. Antwerpen 23 augustus 2001, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 2001, 671 (klantenlijsten); Brussel 18 juni 1986, *TBH* 1986 (verkort), 735 (afwerving personeel); Bergen 15 juni 1988, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 1988, 190; Voorz. Kh. Luik 24 september 1990, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 1990, 461, noot D. DESSARD; Voorz. Kh. Antwerpen 3 december 1998, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 1998, 587; Voorz. Kh. Brussel 9 juni 1999, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 1999, 648.

<sup>1147</sup> Voorz. Arbrb. Brussel 5 januari 2001, *JTT* 2001, 333, noot B.-H. VINCENT.

<sup>1148</sup> Arbh. Antwerpen 16 november 1987, *RW* 1987-88, 1512; Arbrb. Antwerpen 17 november 1998, *Soc. Kron.* 2000, 395 (een beding waarbij het begrip “daden van oneerlijke concurrentie” conventioneel

van de Arbeidsovereenkomstenwet wel alleen in de mate dat de contractuele definitie nadeliger is voor de werknemer dan een objectieve invulling die rechtstreeks gebaseerd is op de Arbeidsovereenkomstenwet of haar uitvoeringsbesluiten (cf. art. 6 Arbeidsovereenkomstenwet)<sup>1149</sup>.

Indien het gaat om een *eerlijke daad* van concurrentie (m.a.w. een daad die niet onder het verbod van art. 17, 3°, b) Arbeidsovereenkomstenwet valt), kan een afwervingsbeding in theorie nuttig zijn. De vraag is dan of een dergelijk beding *geldig* kan worden bedongen in de arbeidsovereenkomst. Hiervoor kan eerst worden nagegaan of (en op welke manier) de vroegere functie van de werknemer professionele contacten met cliënteel inhield. Het bewerken van cliënteel kan namelijk ressorteren onder het begrip “soortgelijke activiteit”<sup>1150</sup> in de zin van artikel 65, §1 Arbeidsovereenkomstenwet. De activiteit kan dan slechts worden verboden via een niet-concurrentiebeding dat voldoet aan de vereisten van artikel 65 Arbeidsovereenkomstenwet.

Er moet daarbij worden benadrukt dat het onrechtmatige gebruik van zakengeheimen van de ex-werkgever bij deze activiteit ook zonder niet-concurrentiebeding of afwervingsbeding verboden blijft op grond van artikel 17, 3°, a) Arbeidsovereenkomstenwet.

Men kan zich vervolgens afvragen of een afwervingsbeding in de relatie met de ex-werknemer de benadering van cliënteel mag verbieden *ongeacht de eerlijkheid* van deze concurrentiële handeling en *zonder gebruik te moeten maken van een niet-concurrentiebeding*? Men zou deze vraag kunnen benaderen op basis van de interactie tussen de artikelen 6 en 17 Arbeidsovereenkomstenwet. In een letterlijke lezing bevat artikel 17, 3°, b) Arbeidsovereenkomstenwet slechts een verbod op oneerlijke concurrentie. Het stelt niet uitdrukkelijk dat eerlijke daden van concurrentie *ipso facto* toegelaten zijn. Men zou dan op basis van deze letterlijke lezing kunnen argumenteren dat de beperking van eerlijke daden van concurrentie toegelaten is in het licht van artikel 6 Arbeidsovereenkomstenwet. Wanneer blijkt dat de vroegere functie van de ex-werknemer *geen* betrekking had op het bewerken van klanten (of van potentiële werknemers), hoeven deze afspraken bovendien niet te voldoen aan de vereisten van het arbeidsrechtelijke niet-concurrentiebeding.

Deze restrictieve benadering is echter moeilijk verenigbaar met de algemene opzet van de Arbeidsovereenkomstenwet en de rechtspraak over artikel 17, 3°, b)<sup>1151</sup>. Het

---

wordt uitgebreid tot daden die op zichzelf wel concurrentieel zijn, maar op zich nog niet oneerlijk is strijdig met de dwingende wetsbepalingen).

<sup>1149</sup> Eventuele contractuele afspraken van de partijen worden, voor zover mogelijk, bij voorkeur (cf. art. 1157 BW) wel geïnterpreteerd op een wijze waarin ze gevolg kunnen hebben (en in deze context bijgevolg geen afbreuk doen aan artikel 6 Arbeidsovereenkomstenwet of de openbare orde). Zie: Arbh. Bergen 1 december 1997, *RRD* 1997, 198. Zie ook i.v.m. clausules die de algemene arbeidsrechtelijke loyauteitsplicht verbijzonderen: Arbrb. Brussel 24 april 2002, *Soc. Kron.* 2006, 357; Arbh. Brussel 29 januari 2008, *JTT* 2008, 277.

<sup>1150</sup> Zie over deze notie o.m. Arbh. Brussel 19 februari 2010, *JTT* 2010, 332; Arbh. Luik (afd. Namen) 8 januari 2004, *JTT* 2004, 331; Arbrb. Doornik 9 mei 1980, *JTT* 1980, 251.

<sup>1151</sup> Arbh. Antwerpen 16 november 1987, *RW* 1987-88, 1512; Arbrb. Antwerpen 17 november 1998, *Soc. Kron.* 2000, 395.



uitgangspunt van deze wet is dat daden van concurrentie, zoals het benaderen van cliënteel van de ex-werkgever in de uitoefening van een concurrerende activiteit<sup>1152</sup>, na afloop van de arbeidsrelatie onverkort toegelaten zijn, tenzij de ex-werkgever aantoont dat het gaat om oneerlijke concurrentie of indien de werknemer gebonden is door een geldig niet-concurrentiebeding. Bovendien hebben de geldigheidsvereisten in artikel 65, §1 Arbeidsovereenkomstenwet tot doel om exhaustief te bepalen wanneer een *in se* eerlijke concurrentie toch niet is toegestaan in de verhouding met ex-werknemers<sup>1153</sup>. De andere interpretatie, waarbij de partijen nog concurrentieafspraken buiten dit artikel zouden kunnen maken, zou leiden tot het absurde resultaat dat de werknemer aan een restrictiever verbod zou mogen worden onderworpen voor activiteiten die bijvoorbeeld niet “soortgelijk” zijn met zijn functie bij de vroegere werkgever, terwijl deze laatste daar geen of minstens veel minder nadeel daarvan zal ondervinden. *Eerlijke daden* van concurrentie kunnen kortom uitsluitend worden verboden op basis van een niet-concurrentiebeding dat voldoet aan de wettelijke voorschriften ter zake<sup>1154</sup>. Beperkingen op eerlijke daden van concurrentie die buiten het toepassingsgebied van artikel 65, §1 Arbeidsovereenkomstenwet vallen, verzwaren de verplichtingen die volgens de Arbeidsovereenkomstenwet op de schouders van de werknemer mogen worden gelegd en zijn bijgevolg nietig op grond van artikel 6 Arbeidsovereenkomstenwet.

Een overweging uit een arrest van het Hof van Cassatie van 29 september 2008 wijst erop dat het Hof eerder zou opteren voor deze laatstgenoemde benadering<sup>1155</sup>, al weze benadrukt dat het middel in kwestie geen schending opwierp van de Arbeidsovereenkomstenwet (en dat het specifieke beschermingsregime van art. 65 Arbeidsovereenkomstenwet slechts van dwingend recht is en niet van openbare orde): “La liberté d’exercer une activité professionnelle rémunérée ne peut subir d’autres restrictions que celles qui sont prévues par la loi. Une convention qui, en dehors des cas où la loi l’autorise, a pour but de permettre à l’une des parties [...] d’empêcher, l’autre partie [...] d’exercer librement son activité professionnelle, a une cause illicite et est frappée de nullité absolue”. De uitspraak was gebaseerd op de gemeenrechtelijke vereiste dat overeenkomsten een geldige oorzaak moeten hebben (*cf.* art. 1133 *juncto* 1131 BW)<sup>1156</sup>. *In casu* had een voetballer afstand gedaan van zijn recht om zonder toestemming van zijn “eigenaar” te voetballen bij een concurrerende club, behoudens

<sup>1152</sup> Arbh. Brussel 23 mei 2006, *JTT* 2007, 98 (“En l’absence de clause de non-concurrence, il est admis qu’un ancien employé s’installe dans la même branche que son ancien employeur et démarché la même clientèle”); Arbh. Antwerpen 16 november 1987, *RW* 1987-88, 1512; Voorz. Kh. Brussel 18 januari 1995, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 1995, 361.

<sup>1153</sup> Luik (afd. Namen) 8 januari 2004, *Soc. Kron.* 2006, 346 (“De ce fait, la clause doit être considérée comme nulle car le législateur a entendu réglementer de façon stricte l’interdiction de travail au service de la concurrence. Une clause qui ne pourrait être qualifiée de clause de non-concurrence, parce qu’elle ne répond pas aux conditions de sa définition, mais qui aboutirait aux mêmes effets, à savoir empêcher ou rendre plus difficile la mise au travail, doit être annulée par le juge à peine de permettre de contourner la définition”).

<sup>1154</sup> Arbrb. Brussel 24 april 2002, *Soc. Kron.* 2006, 357, noot (dit vonnis is de definitieve beslechting van de zaak die in kort geding was gevonnist als Voorz. Arbrb. Brussel 5 januari 2001, *JTT* 2001, 333, noot B.-H. VINCENT – de rechter in kort geding had geoordeeld dat een afwervingsverbod van cliënteel in hoofd van een werknemer niet onderworpen was aan de artt. 65 en 86 Arbeidsovereenkomstenwet omdat het geen verbod op soortgelijke activiteiten impliceerde).

<sup>1155</sup> Cass. 29 september 2008, *JTT* 2008, 464, concl. J.-M. GENICOT en noot M.L. WANTIEZ.

<sup>1156</sup> Zie kritisch over de ruime bewoordingen van dit arrest: E. PLASSCHAERT, “La pérennisation du capital humain de l’entreprise au moyen de clauses contractuelles” in J.-F. NEVEN en E. CORNU (eds.), *La patrimoine intellectuel de l’entreprise*, Brussel, Larcier, 2010, (149) 153-155.

betaling van een geldsom. Afweringsbedingen hebben weliswaar een minder verregaande weerslag op de vrijheid van de schuldenaar, maar zij beogen alleszins nog steeds een beperking op de vrije beroepsuitoefening die, behoudens de aanwending van een arbeidsrechtelijk niet-concurrentiebeding, niet bij wet voorzien is<sup>1157</sup>.

Het hof van beroep te Parijs<sup>1158</sup> beschouwde een niet-afweringsbeding in dit verband als ongeldig bij gebrek aan een financiële tegenprestatie van de werkgever (zoals de Franse rechtspraak vereist voor een niet-concurrentiebeding). *In casu* werd vastgesteld dat de werknemer op basis van de clause gedurende 3 jaar geen professionele contacten mocht hebben met de klanten van de voormalige werkgever: “il ressort du libellé de la clause de non sollicitation de clientèle susvisée que celle-ci en limitant ses contacts professionnels par l’exclusion des clients [...], limitait par là même la liberté de ce dernier d’exercer une profession pendant cette même durée”. Dit is tevens het standpunt van de sociale kamer van het Franse Hof van Cassatie<sup>1159</sup>.

**336. Derde type verticale beperking: contractueel verbod voor de werknemer om personeel van de (ex-)werkgever af te werven?** In de strijd om talent staan ondernemingen in onderlinge concurrentie voor de aanwerving van de meest gekwalificeerde personen. Dit is per definitie het geval voor ondernemingen die een gelijkaardige activiteit uitoefenen in elkaars nabijheid. Ook bedrijven die een verschillende economische activiteit voeren of op andere locaties gevestigd zijn kunnen echter onderling in concurrentie staan voor de aanwerving van werknemers. Het is immers mogelijk dat werknemers met een gelijkaardig profiel inzetbaar zijn voor inhoudelijk zeer uiteenlopende functies. De beschikbaarheid van een werknemer is echter beperkt. Elk uur dat de ene onderneming hem tewerkstelt, is een uur waarin de andere onderneming hem niet kan tewerkstellen. Het maakt daarbij niet uit of de ene werkgever een soortgelijke economische activiteit uitoefent en of dit al dan niet in

---

<sup>1157</sup> Zie en vgl. Cass. soc. (fr.) 20 december 2006, *JCP S* 2007, 1415, noot B. BOSSU, Juris-Data nr. 2006-036675 (de auteur van de goedkeurende noot merkt op dat “pour la Cour de cassation, ce type de clause doit, comme la clause de non-concurrence classique, prévoir une contrepartie pécuniaire. La solution est parfaitement justifiée car en interdisant à un salarié de s’intéresser à la clientèle de son employeur, on porte atteinte, comme dans l’hypothèse d’une clause de non-concurrence classique, à la liberté du travail”).

<sup>1158</sup> Cour d’appel Parijs 7 mei 2009, Juris-Data nr. 2009-377330; zie tevens Cour d’appel Rennes 19 juni 2008, SAS Nexitraone France / Mellier, Juris-Data nr. 2008-371316; anders: Cour d’Appel Rennes 18 november 2008, AR 07/06139, Vallet / SARL Abbsil (beschikbaar via <http://avocats.fr/space/eric.segond/content/clauses-de-respect-de-la-clientele--de-non-sollicitation--etc-9C48BA58-29C3-4380-8BAB-A1DCD5FC9A1E>).

<sup>1159</sup> Cass. soc. (fr.) 13 juni 2007, Juris-Data nr. 2007-039551 (“[...] que la clause contractuelle, qui ne comportait aucune contrepartie financière, portait atteinte au libre exercice d’une activité professionnelle par le salarié, ce dont il résulte qu’elle était nulle et que son respect causait nécessairement un préjudice au salarié qui l’avait respectée, la cour d’appel a violé le principe ci-dessus énoncé et le texte susvisé”); Cass. soc. (fr.) 30 mei 2007, Juris-Data nr. 2007-039410; zie ook: Cass. soc. (fr.) 20 december 2006, *JCP S* 2007, 1415, noot B. BOSSU, Juris-Data nr. 2006-036675. Zie voor verdere verwijzingen naar recente arresten van het Franse Hof van Cassatie: J. BECKHARD-CARDOSO en M. DESPLATS, “Non concurrence: trois clauses, deux chambres, une question”, *JCP E* 2010, 1157, voetnoten 2 en 3 (deze auteurs stellen tevens een discrepantie vast in de rechtspraak van het Franse Hof ten aanzien van niet-afweringsbedingen van cliënteel ten laste van werknemers, die de sociale kamer van het Hof behandelt als niet-concurrentiebedingen, en de niet-afweringsbedingen van personeel die de commerciële kamer behandelt als te onderscheiden van niet-concurrentiebedingen. De auteurs pleiten zelf voor een gematigd regime waarbij zij niet *ipso facto* worden gelijkgesteld met niet-concurrentiebedingen).

de buurt van de andere werkgever gebeurt. Een verbod om werknemers af te werven, beperkt bijgevolg de mededingingsvrijheid. Het verschil met het afwerfingsverbod van cliënteel is slechts dat de beperking hier gebeurt aan de *inputzijde* van de economische productieketen, waarvan de werknemer een onderdeel is, en niet aan de *outputzijde*, zijnde de resulterende economische activiteit. Concurrentie op de *afzetmarkt* van de werkgever door het voeren van deze onderliggende activiteit is in deze hypothese niet verboden, maar de concurrentie op de *arbeidsmarkt* wordt beperkt in de vorm van een beperking van de hulppersonen die de concurrent mag inschakelen om de activiteit te voeren (zelfs indien het niet gaat om een concurrerende activiteit).

Een afwerfingsverbod van personeel brengt de vrijheid van arbeid *van de (ex-)werknemer* niet rechtstreeks in het gedrang. Hij kan zich onbeperkt zelf laten aanwerven door een andere werkgever. Hij kan ook aan de slag gaan als zelfstandige. Men kan echter niet ontkennen dat zijn vrijheid van mededinging wordt beperkt aangezien zijn ex-werkgever hem het recht ontnemt om gebruik te maken van bepaalde instrumenten (bepaalde werknemers) bij het voeren van zijn activiteit. Dit beperkt enigszins zijn vrijheid om een economische activiteit uit te oefenen, namelijk als een zelfstandige met eigen werknemers of om af te werven in opdracht van zijn nieuwe werkgever. Deze hypothese wordt niet geregeld in artikel 65 Arbeidsovereenkomstenwet, althans niet in de gebruikelijke lezing van dit artikel, waarbij alleen de *outputzijde* van de activiteit soortgelijk moet zijn, en komt ook niet rechtstreeks aan bod in de verplichtingen van artikel 17, 3<sup>o</sup> Arbeidsovereenkomstenwet<sup>1160</sup>. De werknemer lijkt op dit punt dan ook op dezelfde wijze te kunnen worden behandeld als om het even welke andere ondernemer die personeel zou wensen af te werven van de werkgever.

Men zou hiertegen wel kunnen inbrengen dat artikel 65 Arbeidsovereenkomstenwet mogelijk op exhaustieve wijze *elke* vorm van beperking van eerlijke concurrentie uitsluit indien deze niet overeenstemt met haar toepassings- en geldigheidsvereisten - op welk niveau deze concurrentie zich ook zou voordoen. Beperkingen op eerlijke concurrentie aan de *inputzijde* van het productieproces zouden dan eveneens moeten voldoen aan de voorwaarden van het arbeidsrechtelijke niet-concurrentiebeding. De schuldenaar van een arbeidsrechtelijk niet-concurrentiebeding zou zijn kennis van de onderneming dan bijvoorbeeld steeds (voor zover dit als dusdanig geen oneerlijke vorm van concurrentie zou zijn, bijvoorbeeld wegens het gebruik van meegenomen personeelsfiches) geldig kunnen aanwenden om personeel af te werven voor het voeren van een andere activiteit aan de *outputzijde*.

### 3.3 Bijzondere verschijningsvormen van verspreidings- en gebruiksverbod

#### 3.3.1 *Announcement clause*

**337.** De verspreiding van een persmededeling met geheime informatie resulteert in een schending van de geheimhoudingsplicht<sup>1161</sup>. Ondernemingen kunnen niettemin

<sup>1160</sup> E. CARLIER, *Concurrentie tijdens en na de arbeidsrelatie*, 38.

<sup>1161</sup> Zie bv. Cour d'appel Versailles (12<sup>e</sup> kamer, sectie 2) 15 februari 1996, nr. JurisData: 1996-041031.

genoodzaakt zijn om bepaalde informatie bekend te maken. De geheimhoudingsovereenkomst kan hierop inspelen in de vorm van een *announcement* of *publicity clause*. Deze clausules bevatten afspraken over de verstrekking van informatie aan de pers of het brede publiek<sup>1162</sup>. Zij zijn het spiegelbeeld van het verspreidingsverbod omdat zij net de hypothesen viseren waarin vertrouwelijke informatie bewust en actief mag worden verspreid onder het publiek. Het doel van deze clausules is om de mogelijkheid tot informatieverstrekking te regelen en om het tijdstip en de inhoud daarvan te controleren. Zij kunnen worden overeengekomen als *addendum* bij een geheimhoudingsovereenkomst of als een volstrekt zelfstandige overeenkomst. Dit laatste kan bijvoorbeeld gebeuren voor de omkadering van precontractuele onderhandelingen die (nog) niet onderworpen zijn aan een geheimhoudingsovereenkomst. Het staat de partijen in die hypothese namelijk, ondanks de afwezigheid van een contractuele geheimhoudingsplicht, niet zonder meer vrij om de verkregen informatie te verspreiden. Deze verspreiding kan namelijk een fout zijn die de buitencontractuele aansprakelijkheid van de betrokkene in het gedrang brengt. Zo is het tijdens onderhandelingen in de pers ter sprake brengen van de onderhandelingspartner en van informatie die nog vertrouwelijk moet blijven een inbreuk op de eerlijke handelsgebruiken<sup>1163</sup>.

Deze clausules worden gebruikt bij overeenkomsten waarbij het van belang is om de informatiestromen naar het publiek te “managen”. Het kan bijvoorbeeld gaan om overnameovereenkomsten of schikkingen naar aanleiding van een schadegeval, ontslag of echtscheiding. Deze clausules komen ook vaak voor in samenwerkingsovereenkomsten tussen onderzoeksinstituten (bv. universiteiten) en commerciële entiteiten<sup>1164</sup>. Concrete doelstellingen zijn de stabiliteit van de aandelenkoers van de betrokken bedrijven of het eerlijke marktverloop in het algemeen te vrijwaren, tegenstrijdige persberichten vermijden, het imago van één van de partijen te beschermen (bv. een eenzijdige opslorping van een bedrijf voor te stellen als een gelijkwaardig partnerschap of afspraken over welke details van het ontslag of de echtscheiding zullen worden bekendgemaakt), of investeringen beschermen door onderzoeksresultaten niet zonder meer te laten openbaar maken.

De partijen kunnen het recht op publieke mededelingen koppelen aan een recht op voorafgaandelijke inzage of een discretionaire of redelijke goedkeuringsvereiste.

**Voorbeeld:** “The parties shall keep the existence of this Agreement, and the transactions it contemplates, strictly confidential, except as required by law and except as the parties otherwise agree in writing prior to any disclosure”.

---

<sup>1162</sup> Zie uitgebreid over deze clausules: L. FALLON en E. BERG, “Announcements” in T. STARK (ed.), *Negotiating and Drafting Contract Boilerplate*, 427-459.

<sup>1163</sup> Gent 1 oktober 1997, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 1997, 431.

<sup>1164</sup> De onderzoeksinstituut heeft namelijk een belang bij de zo snel mogelijke en zo ruim mogelijke publicatie van de onderzoeksresultaten, terwijl de commerciële entiteit het geheim van de resultaten zo lang en zo ruim mogelijk bewaard zal wensen te zien. Cf. S. KIM-HELMS, “Review Of Key Clauses In University / Biotechnology Industry Licensing Agreements”, *Les Nouvelles* 2007, (371) 381.

“Except to the extent that a disclosure is required by law, the parties agree (a) to keep the existence of this Agreement, and the transactions it contemplates, strictly confidential; and (b) that any disclosure to be made by either of them in relation to this Agreement is subject to the prior written consent of the other party, which shall not be unreasonably withheld or delayed”<sup>1165</sup>.

De clausule kan tevens een principieel recht op bekendmaking toekennen, al dan niet met de verplichting tot voorafgaande kennisgeving van de intentie om de bekendmaking te lanceren.

**Voorbeeld:** “So long as this Agreement is in effect, Parent, the Purchaser and the Company shall use reasonable efforts to consult with each other in issuing any press release or in otherwise making any public statement with respect to the transactions that this Agreement contemplates”<sup>1166</sup>.

Ten slotte kunnen de partijen zich ertoe verbinden om mededelingen te doen op vaste tijdstippen (d.i. een “event-based disclosure”<sup>1167</sup>), zoals het houden van een persconferentie nadat de onderhandelingen zijn uitgemond in een overeenkomst of wanneer het geschil tussen hen is beslecht.

Het is voor een partij die belang hecht aan de correcte naleving van deze bekendmakingsclausules aan te raden om er een schadebeding en/of een uitdrukkelijk ontbindend beding aan te koppelen. De schade van een wanprestatie ten aanzien van deze clausules riskeert in de praktijk namelijk vrij beperkt te blijven en de fout riskeert te licht te worden bevonden om als dusdanig de beëindiging van de overeenkomst te rechtvaardigen<sup>1168</sup>.

### 3.3.2 *Garden leave clause*

**338. Probleemstelling.** Het dreigende vertrek van personen die toegang hebben tot vertrouwelijke informatie is steeds een gevaar voor de onderneming omdat inbreuken op een postcontractuele geheimhoudingsplicht moeilijk te controleren zijn. *Garden leave* clausules hebben tot doel om de gevaren van het vertrek van de werknemer enigszins te milderen zonder beroep te moeten doen op een (postcontractueel) niet-concurrentiebeding en om de duur van de arbeidsrechtelijke niet-concurrentieplicht te verlengen voordat de arbeidsrelatie wordt beëindigd. Het essentiële kenmerk van een *garden leave* regeling is dat de arbeidsprestaties van de op rust gestelde persoon worden geschorst of dat zijn taakomschrijving wordt gewijzigd. Hij blijft echter in dienst van de onderneming en is daardoor nog steeds onderworpen aan de verplichting om deze onderneming niet te beconcurreren die geldt tijdens de arbeidsovereenkomst. De periode van de schorsing vangt in beginsel aan wanneer vaststaat dat de

---

<sup>1165</sup> L. FALLON en E. BERG, “Announcements” in T. STARK (ed.), *Negotiating and Drafting Contract Boilerplate*, (427) 432-433.

<sup>1166</sup> *Ibid.*, (427) 435.

<sup>1167</sup> *Ibid.*, (427) 434.

<sup>1168</sup> Zie bv. Brussel 26 juli 2007, nr. 7789/06, onuitg. (een partij miskent het geheimhoudingsbeding uit een samenwerkingsovereenkomst door een “press release” op zijn site te plaatsen dat de naam van klanten van de medecontractant bevat, de rechter stelt echter vast dat deze fout te licht was om te besluiten dat de samenwerking tussen de partijen onmiddellijk en definitief onmogelijk was geworden).

werknemer in kwestie de onderneming zal verlaten (in principe bij het ingaan van de opzegtermijn), al kan ook een regeling worden uitgewerkt waarbij werknemers in het algemeen op *garden leave* kunnen worden gestuurd wanneer hun relatie met de werkgever in het gedrang komt zonder dat ze noodzakelijkerwijze zal eindigen (bv. wegens tijdens een onderzoek naar de vermeende schending van een discretieplicht).

Garden leave regelingen vinden hun oorsprong in het Engelse recht. Zij werden ontwikkeld als reactie op het feit dat *contracts of personal service* (en in het bijzonder arbeidsovereenkomsten, waar dit wettelijk geregeld is in section 236 Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992) in beginsel niet vatbaar zijn voor *specific performance* (d.i. een uitvoering in natura)<sup>1169</sup>.

**339. Nut van de *garden leave* in het Belgische arbeidsrecht - tekortkomingen van niet-concurrentiebedingen in de arbeidsovereenkomst.** De voor de hand liggende oplossing voor het geponeerde probleem is om de werknemer te binden aan een niet-concurrentiebeding. Dergelijke bedingen zijn echter niet altijd de meest geschikte remedie of zelfs maar een mogelijke remedie in het arbeidsrecht. Zij zijn namelijk onderworpen aan zeer strenge vereisten en beperkingen (*cf.* art. 65 Arbeidsovereenkomstenwet). De eerste tekortkoming van het niet-concurrentiebeding is dat dergelijke bedingen *niet zijn toegestaan* in om het even welke arbeidsrechtelijke verhouding. Het gebruik ervan is volstrekt uitgesloten ten aanzien van werknemers met een jaarloon van minder dan 16.100 euro (alle in deze context aangehaalde bedragen zijn te indexeren) en slechts indien dit voor de functie in kwestie werd overeengekomen in een paritair orgaan of met een representatieve werknemersorganisatie voor werknemers met een jaarloon tussen 16.100 euro en 32.200 euro. Ten aanzien van werknemers die meer dan 32.200 euro per jaar verdienen geldt de omgekeerde regel, namelijk dat niet-concurrentiebedingen principieel zijn toegelaten tenzij op paritair of op ondernemingsniveau is overeengekomen om ze uit te sluiten. Als het is toegelaten, is het niet-concurrentiebeding onderworpen aan *strenge inhoudelijke beperkingen*. Het moet (naast de verplichte betaling van een geldsom als tegenprestatie voor de niet-concurrentie) geografisch beperkt zijn tot de effectieve activiteitsradius van de onderneming, met de Belgische landsgrenzen als maximumradius. De duur ervan dient tevens beperkt te zijn tot maximaal 12 maanden. Bovendien geldt een dubbele functionele beperking: de niet-concurrentieplicht mag alleen de uitoefening van gelijkaardige functie van de werknemer<sup>1170</sup> viseren in een bedrijf dat gelijkaardige activiteiten voert als de ex-werkgever (louter dezelfde functie van de werknemer *of* louter dezelfde activiteit van het bedrijf volstaat m.a.w. niet). Het beding is tevens onderworpen aan *strikte formaliteiten* waarvan de niet-naleving wordt gesanctioneerd met de nietigheid ervan. Ten slotte kan zelfs een geldig aangegaan niet-concurrentiebeding toch onwerkzaam blijven. Het krijgt meer bepaald géén uitwerking indien het wordt uitgeoefend tijdens de proefperiode, door een ontslag

<sup>1169</sup> *Cf.* P. GOULDING (ed.), 153, nr. 4.07 *et seq.*; zie voor het algemene principe: G. TREITEL, "Chapter 16. Remedies for Breach of Contract (Courses of Action Open to a Party Aggrieved)" in A. VON MEHREN (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law. Volume VII Contracts in General*, den Haag, Mouton, 1976, 19, nr. 33-20.

<sup>1170</sup> Arbrb. Brussel 12 januari 1979, *TSR* 1979, 347 (op basis van het wettelijk kader dat van kracht was voor de Arbeidsovereenkomstenwet).

gegeven door de werkgever zonder dringende reden, of door een ontslag om dringende reden gegeven door de werknemer.

**340. Uitgangspunt: tewerkstellingsplicht.** De werkgever is verplicht om zijn werknemers arbeid te doen verrichten op de wijze, tijd en plaats zoals overeengekomen (art. 20, 1° Arbeidsovereenkomstenwet). De levering van de overeengekomen arbeidsprestatie is niet alleen een verplichting voor de werknemer, maar ook zijn recht<sup>1171</sup>. De werkgever beschikt niet over de mogelijkheid om de werknemer tegen zijn wil vrij te stellen van de arbeidsprestatie. De verklaring hiervoor is dat het leveren van arbeid een aanzienlijke weerslag heeft op de marktwaarde van vele werknemers. Het belang dat de werknemer heeft bij de tewerkstelling is daardoor ruimer dan de aanspraak op het bedongen loon. Het omvat ook de kans tot verdere ontwikkeling van zijn vaardigheden en reputatie<sup>1172</sup>. Deze tewerkstellingsplicht heeft tot gevolg dat de werknemer in staat moet worden gesteld om de overeengekomen arbeid te verrichten. Dit impliceert een verplichting van de werkgever om de nodige toegang te bieden tot de bedrijfslokalen en bedrijfsinformatie<sup>1173</sup>.

**341. Geldigheid van de *garden leave* in het Belgische arbeidsrecht?** De verplichtingen van artikel 17, 1° en 20, 1° Arbeidsovereenkomstenwet zijn van dwingend recht (art. 6 Arbeidsovereenkomstenwet). Bedingen die afbreuk doen aan de tewerkstellingsplicht van de werkgever zijn nietig omdat zij de rechten van de werknemer verminderen<sup>1174</sup>. Artikel 20, 1° Arbeidsovereenkomstenwet verplicht de werkgever als dusdanig echter alleen om de werknemer te laten arbeiden “op de wijze, tijd en plaats zoals is overeengekomen”. Dit impliceert dat de partijen dit tijdstip en de inhoud van de tewerkstellingsplicht mogen concretiseren. De tewerkstellingsplicht verplicht de werkgever niet om een voortdurende tewerkstelling te bieden<sup>1175</sup>. De gemeenschappelijke uitwerking van conventionele schorsingsgronden is bovendien toegestaan omdat geen enkele bepaling van de Arbeidsovereenkomstenwet dit verbiedt<sup>1176</sup>. Zo is de opsomming van

<sup>1171</sup> Cf. J. STEYAERT, C. DE GANCK en L. DE SCHRIJVER, *Arbeidsovereenkomst* in *APR*, Brussel, Story-Scientia, 1990, 160, nr. 218. Deze auteurs stellen zich kritisch op t.a.v. de vrijstelling van het leveren van arbeidsprestaties door de werkgever met doorbetaling van het loon.

<sup>1172</sup> Vgl. met de Engelse rechtspraak die stelt dat de werkgever principieel gehouden is tot een verplichting om werk te verschaffen ten aanzien van werknemers met functies die bepaalde vaardigheden of publieksbelangstelling vereisen (cf. P. GOULDING (ed.), 176).

<sup>1173</sup> Arbh. Brussel 10 oktober 1997, *Soc. Kron.* 1998, 396 (weigering door de werkgever van toegang tot de kantoren); Voorz. Arbrb. Charleroi 19 april 2000, *Soc. Kron.* 2000, 431 (weigering door de werkgever van toegang tot een informaticasysteem).

<sup>1174</sup> Een versoepeling van art. 17, 1° Arbeidsovereenkomstenwet is geldig omdat dit slechts de verplichtingen van de werknemer vermindert.

<sup>1175</sup> Cass. 3 april 1995, *Arr. Cass.* 1995, 371 (“Overwegende dat, krachtens artikel 20, 1°, van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten de werkgever verplicht is de werknemer te doen arbeiden op de wijze, tijd en plaats zoals is overeengekomen; dat die wetsbepaling voor de werkgever niet de verplichting inhoudt om doorlopend en geregeld werk te verschaffen”); Cass. 9 januari 1995, *Arr. Cass.* 1995, 27. De werkgever is overigens niet steeds in staat om de overeengekomen arbeid te laten verrichten. Zo kan de werkgever zelf geconfronteerd worden met een gebrek aan opdrachten die hij kan laten uitvoeren door zijn werknemers.

<sup>1176</sup> Arbh. Antwerpen 21 maart 1983, *TSR* 1983, 271; zie tevens Arbh. Bergen 20 april 1989, *JTT* 1989, 390; Arbh. Brussel 12 september 2006, *JTT* 2007, 113.

schorsingsgronden in de Arbeidsovereenkomstenwet niet-limitatief<sup>1177</sup>. Een schorsing van de tewerkstellingsplicht tijdens de opzegtermijn doet bovendien geen afbreuk aan de dwingende regelgeving inzake de duur van de opzegtermijn. *Garden leave* clausules lijken bijgevolg principieel verenigbaar met de dwingende bepalingen van de Arbeidsovereenkomstenwet. Deze redenering wordt weliswaar *niet* gevolgd door de meerderheid van de rechtsleer, die stelt dat een *dispense conventionnelle de prestations* hooguit kan worden overeengekomen *nadat* de arbeidsrelatie is opgezegd<sup>1178</sup>.

**342. Eenzijdige schorsing van de arbeidsprestatie is niet mogelijk, wel de gezamenlijke uitwerking van een schorsing.** De werkgever kan zijn werknemers niet eenzijdig verplichten om op *garden leave* te gaan<sup>1179</sup>. Dit komt neer op een eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden en resulteert hetzij in een onrechtmatige beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens wijziging van een essentieel bestanddeel<sup>1180</sup>, hetzij in een contractuele wanprestatie voor de verplichting om de overeengekomen arbeid te laten presteren<sup>1181</sup>. Dat het loon hierbij wordt doorbetaald is niet relevant aangezien de verplichting om de overeengekomen arbeid te laten presteren een op zichzelf staande verplichting is die los van de betaling van het loon wordt nageleefd of miskend.

**343. Modaliteiten van de *garden leave*: schorsing of aanpassing van de arbeidsvoorwaarden.** De precieze modaliteiten van de *garden leave* hangen af van de concrete wil van de partijen. Doorgaans wordt de verplichting van de werknemer om arbeidsprestaties te leveren (art. 17, 1° Arbeidsovereenkomstenwet) *en* de verplichting van de werkgever om de levering van deze arbeidsprestaties mogelijk te maken (art. 20, 1° Arbeidsovereenkomstenwet) geschorst terwijl het loon van de werknemer toch wordt doorbetaald. Hieraan kan de verplichting worden gekoppeld om de bedrijfsdocumenten die de werknemer nog in zijn bezit heeft bij de aanvang van de *garden leave* terug te bezorgen aan de werkgever. Het gedeeltelijke karakter van deze schorsing is niet problematisch. De arbeidsovereenkomst brengt immers meerdere verbintenissen tot stand zonder dat deze noodzakelijkerwijze ondeelbaar

---

<sup>1177</sup> Arbh. Luik 10 juni 1976, *JTT* 1976, 277.

<sup>1178</sup> M. TAQUET en C. WANTIEZ, *Congé, préavis, indemnité*, I, Brussel, Pruvez, 1975, 256-257; B. PATERNOSTRE, *Or.* 2005, (2) 8.

<sup>1179</sup> Cf. Arbh. Bergen 10 januari 2001, *Or.* 2001, 4 (voor een vrijstelling van prestaties tijdens de opzeggingstermijn is de toestemming van de werknemer vereist); Arbh. Brussel 29 juni 1990, *Soc. Kron.* 1992, 55; Arbh. Brussel 5 oktober 1988, *TSR* 1989, 156 (weergave); Arbrb Brussel 5 september 1988, *JTT* 1988, 445. M. TAQUET en C. WANTIEZ, *Congé, préavis, indemnité*, I, Brussel, Pruvez, 1975, 254. Althans niet zonder geldig motief zoals de toepassing van de *exceptio non adimpletu contractus* of een specifieke wettelijke schorsingsgrond.

<sup>1180</sup> Cass. 23 januari 2006, *JTT* 2006, 178; Arbh. Brussel 12 september 2006, *JTT* 2007, 113 (i.v.m. de eenzijdige oplegging van een “administratief verlof” aan een werknemer); Arbh. Brussel 10 oktober 1997, *Soc. Kron.* 1998, 396; Arbh. Brussel 29 juni 1990, *Soc. Kron.* 1992, 55; Arbh. Brussel 5 oktober 1988, *TSR* 1989, 156 (weergave); Arbh. Brussel 30 januari 1987, *JTT* 1987, 430; Arbh. Luik 8 oktober 1981, *JL* 1982, 373; Arbh. Brussel 8 december 1976, *JTT* 1977, 69; Wrr. Ber. Brussel 23 oktober 1952, *TSR* 1953, 16. B. PATERNOSTRE, “Préavis et dispense de prestations”, *Or.* 2005, (2) 4-6.

<sup>1181</sup> Cass. 31 maart 1966, *Pas.* 1966, I, 995; Arbh. Luik 7 november 2006, *Soc. Kron.* 2008, 58, noot; Arbrb. Namen 28 februari 1990, *JTT* 1990, 399; Arbh. Luik 8 oktober 1981, *JL* 1982, 373, noot W. VOGEL.



zijn verbonden met elkaar (*infra* randnr. 534). De schorsing van de verbintenis tot levering van arbeid hoeft daardoor niet gepaard te gaan met de schorsing van andere verbintenissen<sup>1182</sup>.

Het belang van de werkgever bij deze schorsing of aanpassing is enerzijds dat de werknemer zijn *toegang tot (de informatie van) de onderneming geheel of gedeeltelijk verliest*. De werkgever dient deze toegang immers alleen te verschaffen aan personen die effectief arbeidsprestaties bij hem moeten verrichten. Desgevallend kan de taakomschrijving van de werknemer alleen worden aangepast, waardoor deze laatste slechts zijn toegang verliest tot bepaalde onderdelen van (de informatie van) de onderneming. Deze schorsing of aanpassing van de arbeidsprestaties kan in werking worden gesteld wanneer de vertrouwensband tussen de partijen in het gedrang is<sup>1183</sup> of wanneer het duidelijk is dat de werknemer de onderneming (al dan niet vrijwillig) zal verlaten, bijvoorbeeld indien de arbeidsovereenkomst wordt opgezegd. De bedrijfsgerelateerde informatie waarover de werknemer beschikt is daardoor min of meer verouderd na afloop van de *garden leave*. Hij verliest tevens de mogelijkheid om werkgerelateerde documenten te verduisteren of te kopiëren. De *garden leave* beviert bovendien de professionele contacten van de werknemer met het cliënteel, de leveranciers of de collega's. Dit verzwakt de band tussen deze personen en de werknemer waardoor het voor hem moeilijker wordt om deze personen af te werven na zijn vertrek. Het gaat hierbij alleen om een verbod op professionele contacten in het raam van zijn (geschorste) taken als werknemer. Een verbod op om het even welk contact riskeert te worden aangemerkt als een te verregaande beperking op de grondrechten van de werknemer. Hierbij dient te worden opgemerkt dat de meerderheid van de rechtspraak louter voorbereidende handelingen tijdens de arbeidsovereenkomst voor een nadien uit te oefenen concurrerende activiteit niet beschouwt als een ongeoorloofde vorm van concurrentie<sup>1184</sup>. De *garden leave* kan dergelijke voorbereidingen bijgevolg niet verbieden.

**344. Modaliteiten van de *garden leave*: behoud van loyaleits- en niet-concurrentieplicht die geldt tijdens de arbeidsrelatie.** De *garden leave* heeft alleen tot doel om de verplichtingen van artikel 17, 1° en 20, 1° Arbeidsovereenkomstenwet te schorsen. Andere verplichtingen blijven van kracht en de arbeidsrelatie blijft voortduren<sup>1185</sup> (althans voor zover de *garden leave* gebaseerd is op een wilsovereenstemming tussen de partijen). De op non-actief gestelde werknemer blijft

---

<sup>1182</sup> Cf. Arbh. Brussel 13 april 1990, *JTT* 1990, 441 (de uitoefening van een concurrerende activiteit tijdens de periode dat de arbeidsovereenkomst bestaat, maakt een dringende reden tot ontslag uit, ook indien deze activiteit plaatsvindt tijdens de schorsing van de arbeidsovereenkomst door jaarlijkse vakantie of loopbaanonderbreking).

<sup>1183</sup> De inwerkingtreding van een *garden leave* hoeft niet te gebeuren op het einde van de arbeidsrelatie. Het kan ook een voorzorgsmaatregel zijn wanneer de relatie met een werknemer in het gedrang is zonder dat deze op punt staat om de onderneming te verlaten.

<sup>1184</sup> Arbh. Luik 16 december 1997, *RRD* 1998, 106; Arbh. Bergen 16 juni 1988, *JTT* 1988, 390 (verkort), noot; Voorz. Kh. Hasselt 15 oktober 1993, *Jaarboek Handelspraktijken* 1993, 468, noot R. DE WIT. Zie tevens de verwijzingen bij E. CARLIER, *Concurrentie tijdens en na de arbeidsrelatie*, Mechelen, Kluwer, 2006, 6.

<sup>1185</sup> Cf. Arbh. Brussel 3 februari 1981, *JTT* 1981, 145; Arbrb. Namen 4 oktober 1990, *Soc. Kron.* 1993, 34; Arbrb. Brussel 5 september 1988, *JTT* 1988, 445, noot.

daardoor gehouden tot de loyaleits- en niet-concurrentieplichten die gelden voor elke werknemer tijdens de arbeidsovereenkomst<sup>1186</sup>. Over de invulling van deze niet-concurrentieplicht bestaan twee strekkingen. Een minderheidsstrekking acht alleen onrechtmatige concurrentie uitgesloten, zowel tijdens als na de arbeidsovereenkomst. Zij beroept zich hiervoor op een letterlijke lezing van artikel 17, 3), b) Arbeidsovereenkomstenwet dat uitsluitend daden van oneerlijke concurrentie viseert. De meerderheidsstrekking stelt daarentegen dat de werknemer op geen enkele wijze mag concurreren met zijn werkgever tijdens de arbeidsovereenkomst, zelfs niet op een eerlijke manier. Deze strenge niet-concurrentieplicht wordt gesteund op de goede trouw vereiste van artikel 1134, derde lid BW<sup>1187</sup>. De *garden leave* clausule vertrekt van de premisse dat de strenge interpretatie van de niet-concurrentieplicht wordt toegepast.

**345. Modaliteiten van de *garden leave*: doorbetaling van het loon.** De werkgever moet in principe, gelet op de beperkte draagwijdte van de schorsing, het loon van de werknemer blijven uitbetalen tijdens de *garden leave*. Deze doorbetaling is geen wezenskenmerk van de *schorsing* van een arbeidsovereenkomst<sup>1188</sup>. De werknemer geniet namelijk geen principieel recht op loon voor periodes waarin hij geen arbeid verricht, behoudens afwijkende wettelijke of contractuele bepalingen<sup>1189</sup>. De partijen zouden strikt genomen kunnen instemmen met de gelijktijdige schorsing van de verplichting om te werken als de verplichting om het loon uit te betalen. Men zou dit laatste zelfs verwachten wegens het wederkerige karakter van de overeenkomst. De verklaring voor het asymmetrische karakter van de schorsing is dat de doorbetaling van het loon in deze context geldt als tegenprestatie voor het ongewijzigde voortbestaan van de niet-concurrentieplicht. Deze tegenprestatie vermijdt dat de afspraak om stil te zitten nietig blijkt bij gebrek aan oorzaak of wegens een ongeoorloofde oorzaak die te wijten is aan een te verregaande beperking op de persoonlijke en economische vrijheid van de werknemer.

**346. Effectiviteit in het arbeidsrecht.** De principiële geldigheid van de *garden leave* clausule impliceert niet dat zij effectief uitwerking krijgt in elke omstandigheid. De

---

<sup>1186</sup> Zie evenwel Arbh. Gent 14 mei 2001, *JTT* 2001, 350. Het hof oordeelde dat niets de werknemer in de weg stond om prestaties te leveren via een arbeidsovereenkomst bij een werkgever die een concurrent was van de oorspronkelijke werkgever wanneer deze vrijgesteld was van prestaties bij deze oorspronkelijke werkgever. Het hof stelt wel vast dat de oorspronkelijke werkgever zich ook nooit had beroepen op een miskenning van de niet-concurrentieplicht.

<sup>1187</sup> Arbh. Bergen 13 september 2005, *JTT* 2006, 14; Arbh. Bergen 3 februari 2004, *JTT* 2004, 288; Arbh. Luik 16 december 1997, *RRD* 1998, 106; Arbh. Antwerpen 14 november 1986, *Turnh. Rechtsl.* 1988, 34; Arbh. Antwerpen, 13 oktober 1975, *JTT*, 1976, 358; Arbrb. Brussel 4 december 2007, *JTT* 2008, 179; Arbrb. Gent 16 december 2002, *RABG* 2004, 307; Arbrb. Oudenaarde 6 maart 1997, *AJT* 1997-98, 87, noot B. LIETAERT; Arb. Gent, 18 januari 1991, *RW*, 1991-92, 336; M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, II, 43, nr. 35 en 126, nr. 115; J. HERMAN, "Goede trouw van de werknemer bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst: discretieplicht en concurrentieverbod", *Or.* 1988, (221) 225; P. HUMBLET, "Arbeidsovereenkomsten en politiek mandaat. Kan een werknemer twee heren dienen?", *RW* 1988-89, 1356-1365; R. SWENNEN, "De oneerlijke concurrentie in het arbeidsrecht", *Soc. Kron.* 1985, (1) 4; E. CARLIER, *Concurrentie tijdens en na de arbeidsrelatie*, Mechelen, Kluwer, 2006, 1 en 5-11. Zie tevens Arbh. Brussel 17 april 1996, *JTT* 1996, 443 (verkort).

<sup>1188</sup> Cf. bij staking: Arbh. Luik 12 december 2002, *JTT* 2004, 25.

<sup>1189</sup> Cass. 26 april 1993, *Arr. Cass.* 1993, 396.

typische *garden leave* clause is namelijk bestemd om in werking te treden wanneer de arbeidsrelatie wordt opgezegd. De opzegtermijn wordt daarbij gehanteerd als periode waarin de werknemer op non-actief wordt gesteld. Men dient hierbij echter rekening te houden met het dwingende karakter van de arbeidsrechtelijke opzegmogelijkheden<sup>1190</sup>. De werknemer heeft op basis van de artikelen 39 (onbepaalde duur) en 40 (bepaalde duur) Arbeidsovereenkomstenwet steeds het recht om zich eenzijdig te ontdoen van zijn verplichting om een opzegtermijn te respecteren door de betaling van een opzegvergoeding. Dit stelt de werknemer in staat om uit zijn arbeidsrelatie te stappen zonder de *garden leave* in natura te moeten respecteren. Een nieuwe werkgever kan zich zelfs verbinden tot betaling van een geldsom die deze opzegvergoeding van de werknemer dekt zonder dat dit resulteert in derdemedeplichtigheid aan contractbreuk. De werknemer begaat immers geen wanprestatie. Hij maakt gebruik van een wettelijk recht dat niet op voorhand kan worden geneutraliseerd door een *garden leave* clause.

De *garden leave* is evenmin verenigbaar met een *ontslag om dringende reden* (art. 35 Arbeidsovereenkomstenwet). Deze beëindigingswijze stelt namelijk een einde aan alle aspecten van de lopende arbeidsrelatie. Alleen de postcontractuele verplichtingen blijven gespaard (m.i.v. de arbeidsrechtelijke geheimhoudingsplicht, maar niet van het arbeidsrechtelijke concurrentieverbod ten aanzien van eerlijke concurrentiedaden). De werknemer die eerlijke concurrentie door zijn werknemer wenst te vermijden ondanks de beëindiging met opzegvergoeding door de werknemer of een ontslag om dringende reden van de werknemer is genooddaakt om een volwaardig niet-concurrentiebeding te stipuleren in de arbeidsovereenkomst.

**347. Geldigheid en effectiviteit in het gemene recht.** Er is geen bezwaar om een *garden leave* clause te bedingen in overeenkomsten die niet onder de Arbeidsovereenkomstenwet vallen (of andere wetgeving met dwingende beëindigingsmodaliteiten), tenzij de regeling in kwestie de economische vrijheid van een partij te verregaand zou beperken.

### 3.3.3 Discretieplicht

**348.** Discretie is een bijzondere vorm van geheimhouding. Zij geldt namelijk ongeacht het al dan niet geheime karakter van de informatie<sup>1191</sup>. Een discretieplichtige kan ertoe gehouden zijn om *in se* niet-vertrouwelijke informatie toch “als vertrouwelijk te behandelen” ook al is zij reeds aan derden bekend<sup>1192</sup>. Deze

---

<sup>1190</sup> De opzegtermijn van bedienden met een jaarlijks loon dat hoger ligt dan 16.100 euro (te indexeren) staat overigens nog niet vast op het moment van de contractsluiting (cf. art. 82 Arbeidsovereenkomstenwet). Een op voorhand uitgewerkte *garden leave* regeling dient hiermee rekening te houden.

<sup>1191</sup> B. ALLEMEERSCH, “Het toepassingsgebied van art. 458 Strafwetboek. Over het succes van het beroepsgeheim en het geheim van dat succes”, *RW* 2003-04, (1) 2-3; zie tevens: Brussel 20 december 1988, *Pas.* 1989, II, 160; Arbh. Bergen 20 september 1993, AR nr. 10949, [www.juridat.be](http://www.juridat.be).

<sup>1192</sup> Discretie betekent volgens het Van Dale Grote Woordenboek (14<sup>e</sup> editie) in de eerste plaats het “besef van wat betamelijk en passend is, m.n. besef dat men bepaalde dingen niet moet vertellen of doorvertellen”, zonder toevoeging van de nuance dat dit besef alleen betrekking zou kunnen hebben op geheime informatie. Zie tevens A. LATRAILLE, “Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat

verplichting kan voortvloeien uit de wet<sup>1193</sup>, de goede trouw of uit specifieke contractuele afspraken.

Zo kan een vastgoedmakelaar zich verbinden tot discretie bij het zoeken naar een koper<sup>1194</sup>. Hij mag dan geen al te opzichtige verkooptechnieken hanteren zoals het plaatsen van een “te koop” bord bij het goed of het plaatsen van contactadvertenties met foto’s en adresgegevens. Hij blijft gehouden tot discretie ook al dient hij de informatie onvermijdelijk op beperkte schaal te verspreiden en moet hij de adresgegevens vroeg of laat medelen aan geïnteresseerde kopers opdat hij zijn opdracht succesvol zou kunnen volbrengen, zelfs al zijn deze laatsten op hun beurt niet verplicht tot geheimhouding. Zijn gebondenheid vloeit rechtstreeks voort uit de opdracht of de specifieke afspraken over de verkoopwijze en niet zozeer uit de aard van de informatie. Het feit dat de informatie steeds verder verspreid wordt naarmate er meer geïnteresseerde kopers zijn, wijzigt dus niets aan zijn verplichting om het goed op discrete wijze aan te bieden. Het gebruik van meer publieke verkooptechnieken zou een nieuwe wilsovereenstemming tussen de partijen vereisen (of minstens een eenzijdige afstand van de discretieplicht door de opdrachtgever).

De discretieplichtige moet zich ervan onthouden om het waarheidsgehalte van publiek beschikbare gegevens te bevestigen of om waar gebleken feiten (opnieuw) onder de aandacht van het publiek te brengen. Informatie kan enerzijds materieel tot het openbare domein behoren zonder intellectueel te zijn (h)erkend als de objectieve waarheid. Er zijn bijvoorbeeld tientallen studies gepubliceerd over de geheime formule van Coca Cola. Het is perfect mogelijk dat één van deze studies de formule volledig wedersamenstelt. Zolang dit echter niet met zekerheid vaststaat, geniet Coca Cola een beschermenswaardig belang dat haar ondergeschikten verhindert om te bevestigen dat bepaalde publiek beschikbare informatie objectief juist is.

Zo slaat de geheimhoudingsplicht van een (werknemer van een) bedrijfsrevisor zelfs op gegevens die met de opdracht van de revisor zijn verbonden, ook al zijn die gegevens in zekere mate publiek bekend<sup>1195</sup>. In een strafrechtelijke context oordeelde het Hof van Cassatie<sup>1196</sup> dat een inlichting die voor de vijand geheim moet worden gehouden in het belang van de verdediging van het grondgebied (artikel 116 Sw.), haar geheime (en dus beschermenswaardige) karakter niet verliest omdat ze ook reeds langs een andere weg bekend was aan de vijand. Het loutere feit dat een reeds aan de vijand bekende inlichting naderhand uit een andere bron wordt vernomen, bevestigt en versterkt immers de geloofwaardigheid van de eerdere inlichting.

---

(1re partie)”, *Petites Affiches* 2006, 4, nr. 99; B. TILLEMANS, “De plicht tot geheimhouding en discretie van bestuurders” (noot onder Voorz. Rb. Gent 4 juni 1987), *TRV* 1992, (277) 288. Zie en vgl. naar Duits recht: D. VON STEBUT, *Geheimnisschutz und Verschwiegenheitspflicht im Aktienrecht*, Keulen, Carl Heymanns, 1972, 58-59 en 67-71.

<sup>1193</sup> Zo is de ontvanger van de registratierechten op basis van art. 236bis W. Reg. verplicht tot een zeer uitgebreide geheimhouding die ook gegevens betreft zonder inhoudelijk karakter of die slechts van statistische aard zijn (Cass. 14 september 1999, AR P980266N, *Arr. Cass.* 1999, 457; vgl. nog *contra* Antwerpen 21 januari 1998, *Rec. gen. énr. not.* 1990, 170).

<sup>1194</sup> Kh. Tongeren 19 januari 2007, AR A/05/03188, *onuitg.*

<sup>1195</sup> Rb. Brussel 16 april 1996, *TBH* 1996, 924, noot L. HUYBRECHTS (de rechter steunt zich voor deze beslissing op de gemeenrechtelijke geheimhoudingsplicht in arbeidsovereenkomsten en het beroepsgeheim dat op deze personen van toepassing is volgens art. 27 Wet van 22 juli 1953 houdende oprichting van een Instituut der bedrijfsrevisoren, *BS* 2 september 1953).

<sup>1196</sup> Cass. 16 december 1997, AR P960410N, [www.juridat.be](http://www.juridat.be).

Informatie kan anderzijds gedurende enige tijd publiek bekend geweest zijn om vervolgens naar de achtergrond te verdwijnen. De aard van de relatie kan tot gevolg hebben dat de medecontractant deze gegevens niet opnieuw mag oprakelen, ook al mogen derden dit onbeperkt wel doen.

Dit wordt treffend geïllustreerd door de Britse zaak *Schering Chemicals v. Falkman and others*. Falkman was ingehuurd om de managers van Schering te trainen voor de beantwoording van vragen over een medicijn dat van de markt was genomen. Het doel van deze overeenkomst was om negatieve publiciteit te vermijden. Een werknemer van Falkman die deelnam aan het trainingsprogramma benadert na afloop een televisiestation met het voorstel om een documentaire te maken over het voorval met het medicijn. Deze documentaire zou gebaseerd zijn op gegevens die de werknemer pas tijdens zijn opdracht had vernomen, maar die eigenlijk reeds publiek bekend waren. De rechtbank verwerpt het argument dat Falkman en de werknemer de informatie onbeperkt konden gebruiken omdat zij reeds tot het publieke domein behoorde: “It is an argument which at best is cynical; some might regard it as specious. Even in the commercial field, ethics and good faith are not to be regarded as merely opportunist or expedient. In any case, though facts may be widely known, they are not ever present in the minds of the public. To extend the knowledge or to revive the recollection of matters which may be detrimental or prejudicial to the interests of some person or organization is not to be condoned because the facts are already known to some and linger in the memories of others”<sup>1197</sup>. Schering had het bedrijf immers net ingehuurd om negatieve publiciteit te vermijden. Deze relatie impliceerde een verbod om het bedrijf vervolgens zelf in een kwaad daglicht te stellen, zelfs al was de informatie als dusdanig reeds publiek beschikbaar.

Ten slotte kan de discretieplicht zo ver gaan dat de discretieplichtige zich moet onthouden van de verspreiding (m.i.v. de bevestiging) of het gebruik van bepaalde informatie in het algemeen, zelfs indien de persoon in kwestie in het verleden de informatie zelf openbaar heeft gemaakt<sup>1198</sup>. Dit is het geval voor de discretieplicht die kan ontstaan ten aanzien van persoonsgebonden informatie en is terug te leiden op het recht op een privéleven (artt. 8 EVRM, 17 BUPO en 22 GW).

### 3.4 Accessoire bestanddelen van de geheimhoudingsplicht

**349.** De partijen kunnen bij de uitwerking van hun geheimhoudingsafspraken ook accessoire rechten en plichten stipuleren zoals controlerechten of mededelingsplichten en clausules die de rechtspositie van één van de partijen verder afbakenen of verduidelijken. Geheimhoudingsovereenkomsten kunnen verder algemene standaardclausules bevatten zoals forumbedingen, bedingen over het toepasselijke recht, arbitrage- en bemiddelingsbedingen, derdenbedingen, etc. Gelet op hun algemene draagwijdte wordt in wat volgt geen bijzondere aandacht geschonken aan dergelijke *boilerplate* clausules.

---

<sup>1197</sup> 1981 2 All ER 321.

<sup>1198</sup> Zie naar Frans recht: A. LEPAGE, “Le secret de la vie privée sous influences”, *Dr. & Pat.* 2002, 61-64; X. AGOSTINELLI, *Le droit à l'information face à la protection civile de la vie privée*, Aix-en-Provence, Librairie de l'université, 1994, 203, nr. 390 *et seq.*

### 3.4.1 Controlerechten en mededelingsplichten

**350.** Een controlerecht kan expliciet of impliciet voortvloeien uit de overeenkomst<sup>1199</sup>. De informatieverstrekker verkrijgt hierdoor een recht op informatie ten aanzien van de informatieverkrijger. Het doel van deze secundaire informatiestroom is om de informatieverstrekker in staat te stellen om de correcte uitvoering van de geheimhoudingsplicht te controleren. Deze contractuele mededelingsplicht heeft een aantal voordelen op de bepalingen uit het Gerechtelijk Wetboek betreffende de overlegging van pertinente stukken (*cf. supra* randnr. 318). De bepalingen uit het Gerechtelijk Wetboek hebben namelijk een essentieel remediërende functie. Zij vereenvoudigen de bewijslevering voor feiten die relevant blijken voor de beslechting van een geschil. Een beroep op deze bepalingen impliceert dat reeds een geschil bestaat tussen de partijen en dat daarover een gerechtelijke procedure hangende is. Bovendien geniet de informatieverstrekker geen subjectief recht op de overlegging van stukken in gerechtelijke procedures. De toepassing van deze bepalingen is onderworpen aan de soevereine appreciatie van de rechter en is dus enigszins onvoorspelbaar. De informatieverstrekker zal de rechter eerst moeten overtuigen van zijn vermoeden dat de medecontractant over bepaalde overtuigingsstukken beschikt en dat deze pertinent zijn voor het bewijs van een vermeende tekortkoming aan de geheimhoudingsplicht. Een contractueel controlerecht biedt de informatieverstrekker (in de contractuele basisverhouding) daarentegen de mogelijkheid om preventief en onafhankelijk van enig geschil en los van enige vermeende wanprestatie na te gaan hoe de informatieverkrijger zich van zijn taken kwijt.

Het controlerecht kan enerzijds bestaan uit een actief controlerecht waarbij de meester van het geheim een rechtstreekse controle<sup>1200</sup> mag uitoefenen op de activiteiten van de geheimplichtige. Het kan anderzijds onrechtstreeks zijn en bestaan uit een mededelingsplicht van bepaalde informatie (periodiek, of als bepaalde feiten plaatsvinden) dan wel uit een discretionair recht voor de meester van het geheim tot het opvragen van inlichtingen. De informatieverstrekker kan stipuleren dat deze verstrekking kosteloos moet gebeuren en dat de informatieverkrijger verplicht is om bijstand te verlenen bij het vergaren van de informatie. De informatieverkrijger kan de potentieel verstekkende gevolgen van deze verplichting beperken door te stipuleren dat de uitoefening van het controlerecht geen onredelijk zware weerslag mag hebben op zijn activiteiten. Een dergelijke algemene beperking is echter niet volstrekt onmisbaar naar Belgisch recht aangezien contractuele rechten hoe dan ook te goeder trouw moeten worden uitgeoefend in ons rechtsstelsel (art. 1134 BW).

---

<sup>1199</sup> Frankrijk: C. GAVALDA, "Le secret des affaires", (291) 309; F. ANGE, 302; zie tevens M. MAYER, *Le secret des affaires commerciales*, Parijs, Rousseau, 1900, 157-163. Nederland: SLAGTER, W.J., "Het due diligence-onderzoek", *TVVS* 1994, afl. 9, nr. 141. Zie voor België (enigszins kritisch): N. VANCROMBRUGGE, "Rechten en plichten van bestuurders bij onderhandelingen over de overname van hun vennootschap", *DAOR* 2003, (8) 29. Zie en vgl. voor het Verenigd Koninkrijk: Queen's Bench Division 23 september 1994, *Yasuda Fire & Marine Insurance Co. of Europe Ltd. v Orion Marine Insurance Underwriting Agency Ltd.*, 1995 Q.B. 174 (het controlerecht was in dit geval een recht dat onafhankelijk van het *contract of agency* bestond. Het bleef dan ook behouden tenzij de overeenkomst er uitdrukkelijk van zou afwijken) – in de *common law* zou een rechter ook een controlerecht kunnen toevoegen door dit te beschouwen als een *implied term* (*cf.* voetnoot 22).

<sup>1200</sup> Vgl. V. DUHAUT, 235-237, nr. 181-182.

**Voorbeeld:** “Audits and monitoring

a) Reviews and Assessments. Target or its designated representative shall have the right to monitor, review and assess information reviewed, accessed, transmitted, created or maintained by Supplier under this Agreement, including information demonstrating Supplier’s compliance [...]. Target Assessments shall be reasonable in scope and length and shall not unreasonably interfere with Supplier’s business and operations. Supplier shall provide reasonable assistance in connection with any Target Assessment, including, without limitation, by providing full access to all required information and facilities to assist in the conduct thereof without cost. Target may require Supplier to complete an information security assessment, such as [...]. Supplier agrees that any remediation items identified as a result of the information security assessment must be resolved as soon as possible.

b) Notice of Audits and Certifications. Supplier shall provide Target with information relating to the following audits of, and certifications relating to Supplier’s business and operations, to the extent available and as specified: [...]”<sup>1201</sup>.

De overeenkomst kan ten slotte afspraken bevatten over de modaliteiten van de meldingsplicht van de geïmpliceerde in verband met een potentiële, aan hem toerekenbare inbreuk op de geheimhoudingsplicht<sup>1202</sup>.

### 3.4.2 ‘No further rights’ clauses

**351. Omschrijving.** De partijen kunnen ten slotte een categorie clauses overeenkomen die men kan bestempelen als “no further rights” clauses<sup>1203</sup>. Zij hebben tot doel om duidelijk te maken dat de contractuele afspraken over de geheimhoudingsplicht geen verdergaande verplichtingen impliceren voor de meester van het geheim<sup>1204</sup>.

**352. Geen aanbod of aanvaarding van contractuele basisverhouding (“supply does not constitute an offer”).** Een eerste type van deze clauses verduidelijkt dat de totstandkoming van de geheimhoudingsplicht of de daadwerkelijke verstrekking van informatie tijdens onderhandelingen geen aanvaarding of aanbod impliceert van de beoogde contractuele basisverhouding<sup>1205</sup>. De partijen stemmen alleen in met de geheimhoudingsafspraken als dusdanig.

---

<sup>1201</sup> <https://pdzone.target.com/gear/PDZContent/PDZone/Content/ContentItems/data/PRD02-035787.pdf?jsessionid=NBR4VWYZNX5RHLARABW5YRI>.

<sup>1202</sup> J. RAMSAY, “Dreadful Drafting: The Do’s And Don’ts Of Non-Disclosure Agreements”, *Les Nouvelles* 2007, (387) 398.

<sup>1203</sup> Dit type clauses kan uiteraard ook positief worden geformuleerd om aan te geven dat één van de partijen net wel bepaalde verdergaande rechten kan laten gelden. Zo kan de meester van het geheim de garantie verstrekken dat de informatie net wel juist is of dat hij net wel informatie moet verstrekken. In de praktijk heeft de meester van het geheim echter vaak de sterkste onderhandelingspositie, zodat hij zijn eigen verplichtingen kan minimaliseren.

<sup>1204</sup> Zie uitgebreid F. ADORANTI, 33-41.

<sup>1205</sup> Bepaalde rechtsleer merkt op dat het louter aangaan van een geheimhoudingsovereenkomst in het raam van de onderhandelingen er reeds op wijst dat de contractuele basisrelatie die het voorwerp uitmaakt van de onderhandelingen nog niet tot stand is gekomen: V. MONN, *Die Verhandlungsabrede*, Zürich, Schulthess, 2010, 174-175, nr. 479. De aanvaarding kan desgevallend wel uit andere elementen worden afgeleid. Zie bv. Pau 16 juni 1998, RG 2708/98, nr. JurisData: 1998-045422 (stilzwijgende aanvaarding).

**353. Geen recht op voortzetting van de onderhandelingen (“no point of no return”).** De partijen kunnen tevens verbijzonderen dat de onderhandelingen naar goeddunken kunnen worden afgebroken<sup>1206</sup>. Het sluiten van een geheimhoudingsplicht kan dan niet worden opgevat als de impliciete uiting van een wil om de onderhandelingen voort te zetten<sup>1207</sup>. Dit voorkomt de zogenaamde geruisloze of stapsgewijze contractsluiting waarbij de onderhandelingen op een bepaald moment een “point of no return” bereiken en daardoor onontkoombaar zouden moeten uitmonden in een definitieve contractsluiting over het voorwerp van de onderhandelingen.

**354. Geen recht op verkrijging van geheime informatie (“no obligation to provide confidential information”).** De partijen kunnen nog een stap verder gaan en stipuleren dat de loutere totstandkoming van de geheimhoudingsafspraken nog niet impliceert dat de meester van het geheim verplicht is om informatie mee te delen. Het geheimhoudingsbeding of de geheimhoudingsovereenkomst wordt hier slechts voorzien als omkadering voor louter potentiële, vrijblijvende informatieverstrekkingsen. Dit is bij uitstek het geval voor vrijblijvende onderhandelingen. De meester van het geheim wil zich hierbij beschermen indien en voor zover hij beslist om geheime informatie te verstrekken. Hij wil zich daarbij niet op voorhand verbinden tot de daadwerkelijke mededeling van geheime informatie - zelfs niet indien de onderhandelingen een bepaald punt bereiken waarop de verstrekking van deze informatie zinvol zou zijn. Hij behoudt zich het recht voor om dit pas te doen indien en voor zover hij dit zelf opportuun acht. Een dergelijke reserve zou daarentegen niet verenigbaar zijn met het voorwerp van bijvoorbeeld een licentieovereenkomst of met commerciële samenwerkingsovereenkomsten. Dergelijke overeenkomsten impliceren dat de meester van het geheim zich ertoe verbindt om de informatie mee te delen die de medecontractant nodig heeft voor het bereiken van de contractuele doelstellingen<sup>1208</sup>. Hierbij zou desgevallend wel nog bedongen kunnen worden dat de meester van het geheim geen verbeteringen hoeft mee te delen in de mate dat dit het voorwerp van de overeenkomst niet uitholt.

**355. Geen licentierecht op de informatie en/of geen afstand of overdracht van het meesterschap van het geheim (“no transfer of rights”).** Deze clausules kunnen bovendien vermelden dat de geheimhoudingsplicht geen gebruikslicentie op de informatie of afstand van het meesterschap van het geheim impliceert. De geheimplichtige mag de informatie slechts gebruiken en verspreiden binnen de perken van de specifieke geheimhoudingsafspraken. Bij een geheimhoudingsplicht in het raam van onderhandelingen zal de geheimplichtige de informatie bijvoorbeeld uitsluitend mogen gebruiken en verspreiden ter beoordeling van de wenselijkheid van

---

<sup>1206</sup> Zie tevens B. BOWDEN, “Drafting and negotiating effective confidentiality agreements (with forms)”, *Practical Lawyer* 1995, 41 No. 7 Prac. Law. 39.

<sup>1207</sup> Zie voor deze vrees: V. MONN, 74-175, nr. 479.

<sup>1208</sup> Cf. voor overeenkomsten met commerciële tussenpersonen: art. IV. E. – 2:202 DCFR (“During the period of the contractual relationship each party must provide the other in due time with all the information which the first party has and the second party needs in order to achieve the objectives of the contract”).



de definitieve contractsluiting. Dit type van clause wordt bovendien aangewend om verwarring te vermijden over de aard van de desgevallend toegestane rechten. Het toestaan van een licentierecht impliceert een louter tijdelijk gebruiksrecht. Dit is te onderscheiden van een afstand of cessie van het meesterschap van het geheim. Deze laatste rechtshandelingen beogen de permanente afstand of overdracht van de aanspraken die de meester van het geheim kan laten gelden ten aanzien van de informatie.

**356. Geen exclusiviteit op de toegestane rechten (“no exclusivity to the Recipient”).** Informatie is een goed dat eenvoudig en zonder hoge kosten te vermenigvuldigen is. Meerdere personen kunnen naast elkaar gebruik maken van de informatie. De meester van het geheim kan zich dan ook het recht voorbehouden om de informatie te verstrekken aan meer dan één geïnteresseerde informatieverkrijger<sup>1209</sup>.

**357. Exoneratie (“no warranty about the confidential information”).** Een *warranty* naar Anglo-Amerikaans recht is een uitdrukkelijke of impliciete belofte waarbij het waarheidsgehalte van een gegeven wordt gegarandeerd. Deze belofte maakt deel uit van de overeenkomst<sup>1210</sup>. Een klassieke garantie ten laste van de meester van het geheim is dat de mededeling van de geheime informatie geen inbreuk uimaakt op de rechten van derden (bv. niet zou resulteren in een *breach of confidence* of *misappropriation* van *trade secrets*). De informatieverstrekker moet de geheimplichtige vrijwaren indien deze laatste toch wordt aangesproken door een derde. Bij een “as-is warranty” stipuleren de partijen daarentegen dat de informatie wordt doorgegeven zoals ze is, met inbegrip van de fouten die zij desgevallend bevat. Uit dit voorbeeld valt af te leiden dat *warranties* ook afbreuk kunnen doen aan de rechtspositie van hun bestemming<sup>1211</sup>.

**Voorbeeld:** “No warranties on the accuracy, truthfulness, or completeness of the confidential information delivered.” This provision is important because it covers the fact that we don't guarantee the information will be what the receiving party expects. The information is given "as is," and if it does not meet the receiving party's expectations or is not useful for the purpose the receiving party had in mind, we avoid liability.”<sup>1212</sup>

De informatieverstrekker kan zich exonereren voor het risico dat de verstrekte informatie onjuist blijkt te zijn<sup>1213</sup>, althans in de mate dat dit het voorwerp van de overeenkomst niet uitholt. Deze vrijtekening geldt uitsluitend in de relatie tussen de

---

<sup>1209</sup> Zie over de voordelen van (niet-)exclusiviteit: A. KREIS, *Le savoir-faire (know-how) et sa transmission entre entreprises en vue de la reproduction d'une réalisation de technologie industrielle commercialisée*, thésis universiteit Parijs II, 1985, II, 428.

<sup>1210</sup> M. ANDERSON en V. WARNER, *A-Z Guide to Boilerplate and Commercial Clauses*, 494.

<sup>1211</sup> Cf. E. ARKEBAUER, “Cumulative remedies and election of remedies”, (205) 232.

<sup>1212</sup> J. APARICIO SALOM, “Industrial property rights: understanding community and Spanish IP practices”, 2009 WL 2510878 (ASPATORE).

<sup>1213</sup> H. DUBOUT, “Les engagements de confidentialité dans les opérations d'acquisition d'entreprises”, *Bull. Joly Soc.* 1992, 722.

informatieverstrekker en de informatieontvanger. Derden die schade lijden door de onjuiste informatie hoeven er geen rekening mee te houden.

Een inlichtingsbureau verstrekt onjuiste en ongunstige informatie over een derde. Het bureau wordt tot schadevergoeding veroordeeld zonder zich te kunnen beroepen op het zogenaamd vertrouwelijk karakter van de ten behoeve van zijn cliënten verstrekte inlichtingen. Deze geheimhoudingsovereenkomst werkt namelijk niet door naar de entiteit die het voorwerp van de inlichtingen is. De fiches waren verder geen brieven in de zin van het brievegeheim. De rechtbank weigerde zelfs het vertrouwelijke karakter van de inlichtingen te aanvaarden: “que l'agence, en effet, met à la disposition de tout interrogateur qui se présente, moyennant rétribution, les fruits de ses recherches; qu'un secret offert à tous, et que le premier venu est à même de se procurer, cesse d'être un secret”<sup>1214</sup>.

Omgekeerd kan de meester van het geheim bepaalde eigenschappen van de informatie net wel garanderen, zoals de nieuwigheid of effectiviteit van een procédé of de afwezigheid van aanspraken van derden<sup>1215</sup>.

### 3.5 Remediëring van inbreuken op de geheimhoudingsplicht

**358. Bewijs van een contractuele fout.** Het bestaan van een inbreuk op de geheimhoudingsplicht en de toerekenbaarheid daarvan aan een geheimplichtige is doorgaans erg moeilijk te leveren<sup>1216</sup>, ook al gaat het om een rechtsfeit waarvan de bewijslevering vrij is<sup>1217</sup>. Dit is *a fortiori* het geval wanneer de meester van het geheim de informatie heeft meegedeeld aan meerdere geheimplichtigen<sup>1218</sup>. Het is al niet evident om te bewijzen *dat* de informatie bekend is aan derden, laat staan dat dit terug te leiden is naar de geheimplichtige (of naar één specifieke geheimplichtige). Het is immers niet omdat een medecontractant over de informatie beschikte, dat hij daadwerkelijk verantwoordelijk is voor het feit dat ook derden gaandeweg kennis nemen van de informatie. Het is mogelijk dat deze derden de informatie hebben verkregen door eigen inspanningen of via onafhankelijke bronnen. Naast het leveren van een rechtstreeks bewijs van de wanprestatie (bv. wanneer de geheimplichtige de

<sup>1214</sup> Kh. Brussel 29 oktober 1932, *Jur. Comm. Brux.* 1932, 361; zie tevens Luik 16 november 1883, *Pas.* 1884, III, 12 en R. VAN LENNEP, *De geheimhouding*, Antwerpen, Standaard, 1950, 199.

<sup>1215</sup> Y. DARGIER DE SAINT VAULRY, 187-190.

<sup>1216</sup> Zie reeds *Ibid.*, 189; A. VAN MENDEL, “De bescherming van fabrieksgeheimen of technische know-how naar Belgisch recht”, *RW* 1982-83, (2002) 2015; M. BUYDENS, *Droit des brevets d'invention et protection du savoir-faire* in *Création Information Communication*, Brussel, De Boeck en Larcier, 1999, 314; F. WALSHOT, “Confidentialiteitsclausules” in *Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2004, (125) 130. Frankrijk: D. PORACCHIA, “La protection juridique des secrets de l'entreprise”, *Dr. & Pat.* 2000, 26; A. LUCAS, *La protection des créations industrielles abstraites*, Parijs, Librairies Techniques, 1975, 230, nr. 358; V. CAURA, 351-353. De bewijslast rust in beginsel bovendien bij de schuldeiser van de verbintenis omdat het gaat om een verbintenis om iets niet te doen (D. MOUGENOT, “La détermination de la charge de la preuve en matière de responsabilité contractuelle: mission impossible?”, *DAOR* 2006, (310) 313; N. VERHEYDEN-JEANMART, “La charge de la preuve” in *La preuve*, Colloquium 12 en 13 maart 1987, UCL, (1) 39.

<sup>1217</sup> M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, I, *Contrat et engagement unilatéral*, Parijs, PUF, 2008, 627, nr. 243.

<sup>1218</sup> A. LATRAILLE, “Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat (1re partie)”, *Petites Affiches* 2006, 4, nr. 68 en “Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat (suite et fin)”, *Petites Affiches* 2006, 4, nr. 133.

informatie verspreidt op een persconferentie <sup>1219</sup>), kan de bewijslast worden omgekeerd indien er duidelijke vermoedens zijn met betrekking tot de verantwoordelijke van het lek <sup>1220</sup>. Verder kan de meester van het geheim praktische maatregelen treffen met het oog op de vergemakkelijking van de latere bewijslevering, zoals de toevoeging van foutieve <sup>1221</sup> of nutteloze elementen aan de informatie of het watermerken van de informatiedragers. De premisse van deze strategie is dat de informatie die via een onafhankelijke, legitieme bron wordt verkregen deze artificiële toevoegingen niet zal bevatten omdat zij inhoudelijk contraproductief of minstens overbodig zijn en dat de kans dat de betrokkenen onafhankelijk van elkaar dezelfde foutieve of overbodige elementen zouden toevoegen zo goed als onbestaande is. Dergelijke praktische ingrepen bieden echter geen garantie op het succesvolle bewijs van een inbreuk (en kan bij de opzettelijke toevoeging van fouten zelfs leiden tot aansprakelijkheid). Het is daarom in de praktijk vaak eenvoudiger om meteen een niet-concurrentiebeding te stipuleren aangezien het bewijs van de niet-nakoming daarvan makkelijker te leveren is <sup>1222</sup>.

In sommige staten van de Verenigde Staten wordt een zgn. *inevitable disclosure doctrine* <sup>1223</sup> toegepast voor de bescherming van zakengeheimen tegen het vertrek van werknemers. De premisse van deze doctrine is dat een werknemer die kennis heeft van de vertrouwelijke informatie van zijn (ex)-werkgever onvermijdelijk deze informatie zal meedelen aan een nieuwe werkgever indien deze een concurrent is van de oude werkgever en de werknemer een gelijkaardige functie zal vervullen. De

<sup>1219</sup> Cour d'appel Versailles (12<sup>e</sup> kamer, sectie 2) 15 februari 1996, 1996-041031; zie tevens Gent 1 oktober 1997, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 1997, 431.

<sup>1220</sup> Vgl. hieromtrent o.m. Voorz. Kh. Gent september 1997, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 1997, 496 (m.b.t. een buitencontractuele vordering tot staking voor afwerving van cliënteel op basis van vertrouwelijke informatie. Het onrechtmatige karakter van de mededinging werd hier afgeleid uit de korte tijdspanne waarin de concurrent erin slaagde om een deel van het cliënteel over te nemen).

<sup>1221</sup> Zie bv. Cour d'appel Parijs (5<sup>e</sup> kamer, sectie B) 14 februari 1997, *JCP G* 1998, II, 10000, noot B. FAGES. In dit geval werd echter geen rekening gehouden met dit bewijs.

<sup>1222</sup> M. SCHNEIDER, *Schutz des Unternehmensgeheimnisses vor unbefugter Verwertung*, Bern, Paul Haupt, 1989, 188. Zie ook de conclusie van Lord Denning in Court of Appeal (Civil Division) 3 augustus 1977, *Littlewoods Organisation Ltd. v. Harris*, [1977] 1 W.L.R. 1472, 1479 ("It is thus established that an employer can stipulate for protection against having his confidential information passed on to a rival in trade. But experience has shown that it is not satisfactory to have simply a covenant against disclosing confidential information. The reason is because it is so difficult to draw the line between information which is confidential and information which is not: and it is very difficult to prove a breach when the information is of such a character that a servant can carry it away in his head. The difficulties are such that the only practicable solution is to take a covenant from the servant by which he is not to go to work for a rival in trade").

<sup>1223</sup> Zie voor de meest recente rechtsleer hierover: S. TAYLOR, "Fostering economic growth in the high-technology field: Washington should abandon its recognition of the inevitable disclosure doctrine", 30 SEAU LR 473; G. PORTER en J. BEAUCHAMP, "The inevitable disclosure doctrine and its effect on employee mobility", 44-DEC HOULAW 36; E. ROWE, "When trade secrets become shackles: fairness and the inevitable disclosure doctrine", 7 TLNJ TIP 167; J. LEE, "The inevitable disclosure doctrine: safeguarding the privacy of trade secrets", 33-OCT COLAW 17; W. SCHALLER, "Trade secret inevitable disclosure: substantive, procedural & practical implications of an evolving doctrine", (Part I) 86 JPTOS 336 en (Part II) 89 JPTOS 411; G. JANKOWSKI, "The inevitable disclosure doctrine – Inability of former employees to perform without disclosing confidential information", 75 PABAQ 34; E. GODFREY, "Inevitable disclosure of trade secrets: employee mobility v. employer's rights" 3 JHTL 161.

loutere tewerkstelling van de werknemer levert bijgevolg een fout op. Het onrechtmatige karakter van deze aanwerving wordt geremedieerd door een tijdelijk tewerkstellingsverbod. De Belgische rechtspraak verwierpt deze doctrine<sup>1224</sup>. Eventuele bezwaren tegen de tewerkstelling worden bovendien geneutraliseerd door de werknemers (gedurende enige tijd) niet in te schakelen voor taken waarbij zij gebruik zouden kunnen maken van de zakengeheimen van hun vroegere werkgever<sup>1225</sup>.

Er is sprake van een fout zodra vaststaat dat de geheimplichtige aan de basis ligt van een niet-toegestane verspreiding (of een niet-toegestaan gebruik). Dit impliceert namelijk dat derden zouden kunnen profiteren van de informatie. De vaststelling van de fout vereist niet het bewijs dat de handeling of het nalaten reeds daadwerkelijk schade heeft veroorzaakt door het bekend worden van de informatie aan derden<sup>1226</sup>. De fout schuilt in het feit van de verspreiding of het gebruik. Het moet ten slotte worden benadrukt dat de geheimplichtige zich niet op zijn eigen miskennis van de geheimhoudingsplicht kan beroepen om te argumenteren dat de informatie geen vertrouwelijk karakter meer heeft<sup>1227</sup>. Dit kan de uitvoering in natura onmogelijk maken, maar resulteert niet in het verval van het recht op schadevergoeding voor de meester van het geheim.

**359. Uitgangspunt is keuze tussen uitvoering in natura of ontbinding.** Een wanprestatie impliceert een contractuele fout, contractuele schade en een oorzakelijk verband tussen beide. Indien deze elementen worden aangetoond is het uitgangspunt in het Belgische recht dat de schuldeiser recht heeft op de uitvoering in natura<sup>1228</sup> (met

---

<sup>1224</sup> Arbh. Brussel 6 oktober 2006, *JTT* 2007, 266; Voorz. Kh. Antwerpen 24 maart 2005, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 2005, 601; Voorz. Kh. Brussel 2 november 1994, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 1994, 401. Een Nederlandse kortgeding rechter kende daarentegen een vordering tot tewerkstellingsverbod toe van een hooggeplaatste werknemer die over vertrouwelijke gegevens beschikte en die een gelijkaardige functie zou vervullen bij een grote concurrent (Voorzieningenrechter Rechtbank s'-Gravenhage 28 februari 2003, KG 03/162, LJN: AF5286 – de rechter stelt onder meer dat de werknemer “in die positie [...] één heer [zal] moeten dienen, te weten TeleMedia. Daarbij is het niet realistisch te veronderstellen dat hij in de vervulling van die functie geen gebruik zou maken van de vertrouwelijke strategische bedrijfsinformatie van eiseres”).

<sup>1225</sup> Voorz. Kh. Brussel 2 november 1994, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 1994, 401.

<sup>1226</sup> HR 22 juni 2007, C05/332HR, LJN: BA4122. Zie tevens de noot bij dit arrest van Van Der Korst (P.J. VAN DER KORST, “Contractuele bescherming bedrijfsgeheimen”, *Ondernemingsrecht* 2008, 127-128). Vgl. met de niet-concurrentieplicht: S. GERARD, *Les obligations contractuelles de ne pas faire*, thesis universiteit Nancy 2, 64, nr. 76.

<sup>1227</sup> Vgl. Corr. Brussel 19 februari 1998, *AJT* 1998-99, 65, noot G.L. BALLON.

<sup>1228</sup> Cass. 30 januari 2003, *Arr.Cass.* 2003, 270; Cass. 14 april 1994, *Arr.Cass.* 1994, 374; Cass. 30 januari 1965, *Pas.* 1965, I, 538; Cass. 6 maart 1919, *Pas.* 1919, I, 80; Luik 12 december 2005, *JT* 2005, 188; Luik 15 juni 1995, *AJT* 1995-96, noot B. WYLLEMAN; Rb. Antwerpen 11 januari 1989, *RW* 1989-90, 239; Rb. Aarlen 16 februari 1989, *JLMB* 1989, 1091, noot F. HERINE; Voorz. Rb. Brussel 1 maart 2001, *JT* 2001, 250; Kh. Marche-en-Famenne 5 februari 2001, *RRD* 2001, 284, noot P. WERY; H. DE PAGE, III, 90, nr. 67 B; G. DE VRIES, “Recht op nakoming in het Belgisch en Nederlands contractenrecht” in J. SMITS en S. STIJNS (eds), *Remedies in het Belgisch en Nederlands contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia 2000, (27) 31-34; P. WERY, “Les sanctions de l’inexécution des obligations contractuelles” in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Brugge, die Keure, 2004, (287) 300-301. Het Franse recht kent een strekking die stelt dat het prerogatief van de keuze voor de uitvoering in natura dan wel de schadevergoeding bij de rechter ligt (cf. Y. SERRA, *L’obligation de non concurrence*, 195-197; zie tevens D. TALLON, “Dommages et intérêts et exécution en nature”, *JT* 1985, (601) 602). Zie verder naar Frans recht: G. VINEY, “Le

mogelijkheid tot bijkomende schadevergoeding) resp. de ontbinding<sup>1229</sup> (indien hij daarvoor kiest en de fout ernstig genoeg is en tevens met mogelijkheid tot bijkomende schadevergoeding<sup>1230</sup> – cf. *infra* randnr. 363) van de contractuele afspraken. De uitoefening van dit keuzerecht komt toe aan de schuldeiser: noch de rechter, noch de schuldenaar kunnen hun keuze opdringen<sup>1231</sup>. Het is wel vatbaar voor rechtsmisbruik<sup>1232</sup>. De meerderheid van de rechtspraak en rechtsleer stelt dat -in de hypothese dat de schuldeiser niet voor de ontbinding kiest- de uitvoering in natura voorrang heeft op de schadevergoeding<sup>1233</sup>. De schuldeiser geniet bijgevolg een principieel recht<sup>1234</sup> op de uitvoering in natura. Zowel verbintenissen om iets te doen als verbintenissen om iets niet te doen<sup>1235</sup> kunnen in natura worden afgedwongen. De

---

régime de la responsabilité contractuelle: le choix entre réparation en nature et dommages-intérêts en cas d'inexécution d'une obligation contractuelle de faire ou de ne pas faire" (noot onder Cass. 3<sup>e</sup> civ. (fr.) 25 januari 2006 en Cass. 3<sup>e</sup> civ. (fr.) 28 september 2005), *RDC* 2006, 818; J.-P. GRIDEL en Y.-M. LAITHIER, "Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur: état des lieux", *JCP G* 2008, I, 143; F. LEDUC, "Fasc. 201: Régime de la réparation. Modalités de la réparation. Règles communes aux responsabilités délictuelle et contractuelle. Principes fondamentaux", *JurisClasseur Civil Code art. 1382 à 1386*, 13 februari 2006, nrs. 25-30. In het Duitse recht is de rechtsgrond voor de uitvoering in natura § 241 BGB en voor de ontbinding § 323 BGB. De schadevergoeding is geregeld in §§ 280 *et seq.* BGB.

<sup>1229</sup> Art. 1184 BW; Luik 19 februari 2001, *TBH* 2001, 531; Kh. Hasselt 26 maart 1997, *TBBR* 1999, 67; FB, noot onder Antwerpen 28 juni 2004, *NjW* 2005, 1058.

<sup>1230</sup> Cf. R. DESGORGES, "La combinaison des remèdes en cas d'inexécution du contrat imputable au débiteur" in *Mélanges à l'honneur de Denis Tallon*, Parijs, Société de législation Comparée, 1999, (243) 249-250.

<sup>1231</sup> Cass. 30 januari 2003, *Arr.Cass.* 2003, 270 (noch keuze door rechter, noch door schuldenaar); Cass. 15 april 1994, *R. Cass.* 1994, 237, noot S. STIJNS (geen keuze door rechter); S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, 321, nr. 231. De rechter beschikt wel over een appreciatiebevoegdheid t.a.v. het al dan niet toestaan van de ontbinding (*infra* randnr. 363).

<sup>1232</sup> Cass. 16 januari 1986, *RW* 1987-88, 1470, noot A. VAN OEVELEN; Kh. Brussel 29 juni 2007, *RABG* 2008, 623, noot N. VAN DE SYPE; Kh. Brussel 21 juni 1999, *AJT* 1999-2000, 509, noot O. VANDEN BERGHE; O. VANDEN BERGHE, "De keuze van de schuldeiser voor de uitvoering in natura boven de ontbinding van de overeenkomst" (Kh. Brussel 21 juni 1999), *AJT* 1999-2000, (511) 513-515.

<sup>1233</sup> H. DE PAGE, III, 1967, 122-124; P. WERY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, 218-229; P. WERY, *Droit des obligations*, I, *Théorie générale du contrat*, 2010, 444-445 en de verwijzingen aldaar; zie ook P. WERY, "L'exécution en nature de l'obligation contractuelle et la réparation en nature du dommage contractuel. Rapport belge", 215 *et seq.* Deze voorrang heeft tot gevolg dat ook de schuldenaar een principieel recht heeft om de verbintenis alsnog in natura uit te voeren. Zie bv. anders Vred. St.-Truiden 25 maart 1997, *AJT* 1997-98, 301, noot G.L. BALLON. De voorrang van de uitvoering in natura is ook de meerderheidsopvatting naar Frans recht. Zie voor een kritische analyse: Y.-M. LAITHIER, "La prétendue primauté de l'exécution en nature", *RDC* 2005, 161.

<sup>1234</sup> Dit recht op de uitvoering in natura is te onderscheiden van de vraag of de schuldeiser genoeg moet nemen met de uitvoering in natura dan wel of hij rechtstreeks, dus uit eigen beweging, een schadevergoeding mag vorderen. De meerderheid van de rechtsleer stelt dat de voorkeur van de uitvoering in natura betekent dat de schuldeiser de uitvoering in natura moet vorderen (S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, 329, nr. 238; zie ook de verwijzingen bij P. WERY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, 241). Volgens De Page en Wéry kan de schuldeiser vrij kiezen tussen de uitvoering in natura of de schadevergoeding, tenzij de schuldenaar de uitvoering in natura aanbiedt (H. DE PAGE, III, 1967, 122, voetnoot 1; P. WERY, *Droit des obligations*, I, *Théorie générale du contrat*, 2010, 445-446). De schuldenaar heeft hoe dan ook geen recht om eenzijdig een schadevergoeding op te dringen wanneer de schuldeiser kiest voor een uitvoering in natura (H. DE PAGE, III, 1967, 122 en 124; de rechter kan in dat geval wel nog steeds vaststellen dat de uitvoering in natura geen passende remedie is).

<sup>1235</sup> Cass. 14 april 1994, *Arr.Cass.* 1994, 374; Cass. 30 januari 2003, *Arr.Cass.* 2003, 270; Luik 21 april 2004, *TBBR* 2006, 394; Rb. Neufchâteau 26 oktober 1994, *RRD* 1995, 56, noot P. WERY; H. DE PAGE,

rechter kan de schuldenaar in principe weliswaar niet met een beroep op de openbare macht fysiek dwingen om zijn verbintenis uit te voeren (*cf.* het adagium *nemo potest praecise cogi ad factum*), maar kan hem daar wel toe aansporen in de vorm van een dwangsom<sup>1236</sup>. Deze principes gelden zowel voor de rechter ten gronde als voor de rechter in kort geding<sup>1237</sup>. De rechter kan slechts afwijken van de principiële voorrang op de schadevergoeding wanneer hij oordeelt (en dus ook motiveert) dat een gevorderde uitvoering in natura (zelfs in de vorm van een dwangsom) geen passende vorm van herstel is<sup>1238</sup>, bijvoorbeeld omdat de uitvoering in natura onmogelijk (*cf.* de formulering van art. 1184 BW – “De partij jegens wie de verbintenis niet is uitgevoerd, heeft de keus om ofwel de andere partij te noodzaken de overeenkomst uit te voeren, wanneer de uitvoering mogelijk is, ofwel [...]”) of nutteloos is geworden, omdat de gedwongen uitvoering zou resulteren in een te zware aantasting van de fysieke integriteit of de vrijheid van de schuldenaar<sup>1239</sup>, omdat de uitvoering in natura zou resulteren in rechtsmisbruik<sup>1240</sup> of omdat de schuldeiser elk vertrouwen in zijn schuldenaar is verloren en de uitvoering in natura hem dus geen voldoening meer kan schenken<sup>1241</sup>.

**360. Uitvoering in natura bij geheimhoudingsplichten.** De miskennis van de *niet-verspreidingsplicht* stelt de meester van het geheim in beginsel voor voldongen feiten. Het feit van de inbreuk kan als dusdanig niet meer worden geredigeerd: “Le secret est perdu à jamais”<sup>1242</sup>. Een verbintenis om iets niet te doen kan namelijk niet

---

III, 1967, 126; S. STUNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, 329, nr. 238. Zie ook voor Frankrijk: M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 1974, 161 en 173-178; A. LEBOS, “Les obligations contractuelles de faire à caractère personnel”, *JCP G* 2008, I, 210, nr. 1.

<sup>1236</sup> Voorz. Rb. Brussel 1 maart 2001, *JT* 2001, 250; P. WERY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, Brussel, Kluwer, 1993, 79-80, nr. 59. Zie naar Frans recht: W. JEANDIDIER, “L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire”, *RTD Civ.* 1976, 700-724.

<sup>1237</sup> Arbh. Gent 30 juni 2009, *Soc. Kron.* 2010, 40; Arbh. Luik 25 april 2001, *JLMB* 2001, 1663; Arbh. Antwerpen 16 november 1998, *RW* 1998-99, 1392 (allen m.b.t. arbeidsrechtelijke niet-concurrentiebedingen). Voor een voorbeeld m.b.t. geheimhoudingsplichten in kort geding: Voorz. Rb. Gent 4 juni 1987, *TRV* 1992, 327, noot B. TILLEMANS (een (ex-)bestuurder of (ex-)directeur kan op straffe van een dwangsom een verbod worden opgelegd om geheime informatie aan derden door te spelen).

<sup>1238</sup> Zie uitgebreid: P. WERY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, 229-240; S. STUNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, 332-337.

<sup>1239</sup> De categorie van verbintenissen die principieel niet in aanmerking zou komen voor een uitvoering in natura wegens het te persoonlijke karakter ervan is echter zeer beperkt. Zo betekent het loutere feit dat de uitvoering van een verbintenis enige persoonlijke inbreng van de schuldenaar vereist, nog niet dat zij te persoonsgebonden zou zijn om het voorwerp uit te maken van een vordering tot uitvoering in natura (zie o.m. voor Frankrijk: A. LEBOS, “Les obligations contractuelles de faire à caractère personnel”, *JCP G* 2008, I, 210).

<sup>1240</sup> Cass. 30 januari 2003, *Arr. Cass.* 2003, 270; Brussel 3 december 2001, *RW* 2004-05, 627; Rb. Brussel 11 mei 1999, *T. Aann.* 2001, 117, noot C. LEPAFFE; Kh. Brussel 21 juni 1999, *AJT* 1999-2000, 509, noot O. VANDEN BERGHE; Kh. Brussel 29 september 2003, *Huur* 2004, 17; Kh. Hasselt 24 maart 1993, *Limb.Rechtsl.* 1994, 39; Kh. Marche-en-Famenne 5 februari 2001, *RRD* 2001 (verkort), 284, noot P. WERY; Kh. Hasselt, 13 juni 2007, *Limb.Rechtsl.* 2009, 209, noot.

<sup>1241</sup> Luik 15 juni 1995, *AJT* 1995-96, 161, noot B. WYLLEMAN.

<sup>1242</sup> A. LATRAILLE, “Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat (suite et fin)”, *Petites Affiches* 2006, 4, nr. 149. Zie tevens D. PORACCHIA, “La protection juridique des secrets de l'entreprise”, *Dr. & Pat.* 2000, 26; M.-A. MOREAU, “La protection de l'entreprise par les clauses contractuelles de non-concurrence et de confidentialité”, *Dr. & Pat.* 1999, (56) 61. Zie ook E.

retroactief in natura worden hersteld. De geheugens van de betrokken niet-toegestane informatieverkrijgers kunnen immers niet meer gewist worden. Een uitvoering in natura is daardoor vaak niet meer mogelijk en zelfs niet meer zinvol. De uitzondering op deze algemene regel is de hypothese waarin de inbreuk nog niet heeft plaatsgevonden. De meester van het geheim die merkt dat de geheimplichtige bijvoorbeeld tekortschiet aan zijn positieve bewakingsplicht, kan de maatregelen vorderen die volgens hem vereist zijn op basis van de overeenkomst. Een tekortkoming aan de negatieve verplichting om de informatie niet te verspreiden is deels vatbaar voor remediëring wanneer de verspreiding de informatie niet publiek bekend maakte. Het volstaat om de materiële sporen van de informatie te verwijderen indien en voor zover niemand daadwerkelijk kennis nam van de informatie (bv. bij een onopzettelijke plaatsing op een website) en vervolgens de geheimhoudingsplicht terug correct in acht te nemen<sup>1243</sup>. Indien slechts enkele personen daadwerkelijk kennis namen, heeft het voortbestaan van de geheimhoudingsplicht nog zin in de hypothese dat deze niet-toegestane verkrijgers zelf buitencontractueel verplicht zijn tot geheimhouding (bv. op basis van derdemedeplichtigheid aan contractbreuk). Een andere hypothese waarin de geheimhouding nog zin heeft is dat deze enkele personen beslissen om het geheim te bewaren als zelfstandige meesters van het geheim, zodat de informatie (vooralsnog) niet publiek bekend wordt. De meester moet dan zijn feitelijke monopolie delen zonder dat het geheime karakter van de informatie als dusdanig tenietgaat.

De miskenning van de *niet-gebruiksplicht* is minder problematisch aangezien deze wanprestatie het geheim niet per definitie aantast (de aantasting heeft wel betrekking op het feitelijke monopolie van de meester van het geheim, hij wordt immers geconfronteerd met een bijkomende, onrechtmatige gebruiker van de informatie). Dit is slechts het geval indien het gebruik ook de verspreiding impliceert, bijvoorbeeld omdat het idee voor een product algemeen bekend wordt wanneer men het product zelf te koop aanbiedt. Behoudens deze hypothese kan de rechter de geheimplichtige bevelen om het onrechtmatige gebruik stop te zetten als uitvoering in natura. Hij kan ook de vernietiging<sup>1244</sup> bevelen van de producten die de geheimplichtige heeft vervaardigd in strijd met zijn geheimhoudingsplicht en tevens een schadevergoeding toekennen (art. 1143 BW).

De verplichting tot uitvoering in natura kan, zoals vastgesteld in het voorgaande randnummer, kracht worden bijgezet via een dwangsom. Men dient hierbij vast te stellen dat de rechter geen dwangsom mag opleggen voor vorderingen “ter zake van de nakoming van arbeidsovereenkomsten” (art. 1385*bis*, eerste lid Ger.W.). Dit zou de effectiviteit van een veroordeling tot uitvoering in natura in een arbeidsrechtelijke context ernstig aantasten. Rechtspraak en rechtsleer passen dit verbod echter op een genuanceerde wijze toe. Zo is bepaalde rechtspraak bereid om een dwangsom op te

---

GASTINEL, “Les effets juridiques de la cessation des relations contractuelles – Obligations de non-concurrence et de confidentialité” in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, Aix-en-Provence, PUAM, 1997, (197) 206; Y. DARGIER DE SAINT VAULRY, 151.

<sup>1243</sup> Zie wat dit laatste betreft: V. DUHAUT, 288.

<sup>1244</sup> Zie tevens R. SAINT-ALARY, “Rapport sur le secret des affaires en droit français” in *Le secret et le droit. Travaux de l'Association Henri Capitant*, Parijs, Dalloz, 1976, (263) 269.

leggen wanneer de verbintenis in kwestie niet louter contractueel is<sup>1245</sup>, maar ook wordt opgelegd door (buitencontractuele) wettelijke normen. Op het vlak van geheimhouding zou de arbeidsrechtelijke discretieplicht van art. 17, 3° Arbeidsovereenkomstenwet bijvoorbeeld contractueel zijn, maar de strafrechtelijke bescherming van het fabrieksgeheim zou buitencontractueel zijn (art. 309 Sw.).

Bovendien heeft het Benelux Gerechtshof<sup>1246</sup> een uitspraak gevelde over de precieze betekenis van de notie “rechtsvordering tot nakoming van een arbeidsovereenkomst”<sup>1247</sup>. De precieze draagwijdte van deze uitspraak is weliswaar niet volledig duidelijk. Op basis van overweging 17 van het arrest rijst namelijk de vraag<sup>1248</sup> of de verplichtingen die “kenmerkend zijn voor de arbeidsovereenkomst” betrekking hebben op elke verplichting die deel uitmaakt van de arbeidsovereenkomst<sup>1249</sup> dan wel beperkt blijven tot de essentiële elementen van de arbeidsovereenkomst (het verrichten van arbeid onder gezag van de werkgever door de werknemer en de uitbetaling van het loon en het verschaffen van werk door de werkgever)<sup>1250</sup>. Indien elke verplichting die uit de arbeidsovereenkomst voortvloeit, uitgesloten zou zijn van de dwangsom, zou dit ook gelden voor de geheimhoudingsplicht. Zoniet (indien het verbod op de dwangsom alleen geldt voor

---

<sup>1245</sup> Cf. B. LIETAERT, “Concurrerende activiteiten van de werknemer verhinderen aan de hand van een dwangsom”, *Or.* 1999, (10) 10.

<sup>1246</sup> Benelux Gerechtshof 20 oktober 1997, A 96/3, Contrabel / Laute, [www.courbeneluxhof.be](http://www.courbeneluxhof.be) (“16. Overwegende dat hieruit blijkt dat de uitzondering bepaald bij artikel 3 van de Overeenkomst de bescherming beoogt van de verhouding tussen de werkgever en werknemer die *door een nog van kracht zijnde arbeidsovereenkomst verbonden zijn*; 17. Overwegende dat, ook al is het voorbehouden aan de nationale wetgever aan deze bedoeling vorm te geven met inachtneming van de in de nationale context bestaande verhoudingen tussen werkgevers en werknemers, de bij artikel 3 van de Overeenkomst bepaalde uitzondering *in geen geval de vorderingen omvat die na de beëindiging van een arbeidsovereenkomst worden ingesteld, niet ter nakoming van de arbeidsovereenkomst als zodanig, doch van verplichtingen die weliswaar zonder de arbeidsovereenkomst niet zouden zijn ontstaan maar geen betrekking hebben op verplichtingen die kenmerkend zijn voor een arbeidsovereenkomst*” – eigen cursivering). Cass. 30 november 1998, *Arr. Cass.* 1998, 1080.

<sup>1247</sup> In de zin van art. 3 Benelux-Overeenkomst van 26 november 1973 houdende eenvormige wet betreffende de dwangsom, goedgekeurd door de Wet van 31 januari 1980, *BS* 20 februari 1980.

<sup>1248</sup> Een andere vraag is nog of de dwangsom sowieso niet mag worden opgelegd zo lang de eigenlijke arbeidsrelatie van kracht is, dan wel of reeds in deze periode een dwangsom kan worden opgelegd voor verplichtingen die niet kenmerkend zijn voor de arbeidsovereenkomst: B. MARECHAL, “La rupture du contrat de travail: point de départ de l’astreinte en droit du travail?” in *Hommage à Pierre Blondiau*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, (317) 328-335 (deze auteur opteert voor de eerste hypothese); J. CLESSE, “L’astreinte en droit du travail” (noot onder Benelux Gerechtshof 20 oktober 1997), *RCJB* 1999, (434) 442-444 en 446-447 (deze auteur opteert voor de tweede hypothese). Zie ook Ph. DE WULF en K. CHERRETTE, “De actiemogelijkheden van de (ex-)werkgever in geval van concurrentie door zijn (ex-)werknemer: een beknopte leidraad”, *Or.* 2005, (233) 238-239 en 243-244.

<sup>1249</sup> B. LIETAERT, “Concurrerende activiteiten van de werknemer verhinderen aan de hand van een dwangsom”, *Or.* 1999, (10) 10 en 13.

<sup>1250</sup> Arbh. Gent 30 juni 2009, *Soc. Kron.* 2010, 40 (het hof stelt dat het begrip “ter zake van de nakoming van arbeidsovereenkomsten” beperkend moet worden uitgelegd); Arbh. Luik 25 april 2001, *JLMB* 2001, 1663; Arbh. Antwerpen 16 november 1998, *RW* 1998-99, 1392; J. CLESSE, *RCJB* 1999, (434) 441 en 446-447; C. WANTIEZ, *Les clauses de non-concurrence et le contrat de travail*, Brussel, Larcier, 2001, 97; K. WAGNER, *Dwangsom in APR*, 181-184; B. MARECHAL, “La rupture du contrat de travail: point de départ de l’astreinte en droit du travail?”, (317) 326-328. Zie ook voor de dwangsom bij daden van *oneerlijke* concurrentie: Arbh. Brussel 15 februari 2001, *JTT* 2001, 332 en Voorz. Arbrb. Brussel 5 januari 2001, *JTT* 2001, 333, noot B.-H. VINCENT (een dwangsom m.b.t. oneerlijke concurrentie is mogelijk na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst).



de essentiële elementen) kan de naleving van de geheimhoudingsplicht zelfs ten aanzien van (ex-)werknemers worden afgedwongen via een dwangsom.

**361. Vrijwaring van het geheim in natura via maatregelen in kort geding.** De mogelijkheid tot vorderen van preventieve en bewarende maatregelen in kort geding is van groot belang gelet op het feit dat een daadwerkelijke inbreuk op de geheimhoudingsplicht vaak niet vatbaar is voor remediëring in natura. Een tijdig beroep op de kortgedingrechter kan een inbreuk op de geheimhoudingsplicht namelijk voorkomen of de gevolgen ervan zodanig beperken dat de geheimhoudingsplicht als dusdanig kan voortbestaan. Bovendien kan de meester van het geheim die ontevreden is over de actieve beschermingsmaatregelen van de geheimplichtige een beroep doen op de kortgedingrechter om zo snel mogelijk correcte beschermingsmaatregelen te laten opleggen. Verder kan de meester van het geheim zich tot de kortgedingrechter wenden voor de sekwestratie van bewijsmateriaal waarvan hij vreest dat zijn medecontractant het zou wegmaken, vernietigen of wijzigen<sup>1251</sup>.

De rechter in kort geding treedt slechts op wanneer een conflictsituatie dringend een rechterlijke maatregel vereist<sup>1252</sup>. De beoordeling van het dringende karakter van een concrete zaak is een feitenkwestie<sup>1253</sup>. Er is sprake van een dringend karakter wanneer een onmiddellijke beslissing wenselijk is om schade van een bepaalde omvang dan wel ernstige ongemakken te voorkomen<sup>1254</sup>. De “onherstelbaarheid” van de schade is geen vereiste<sup>1255</sup>. Deze maatregelen mogen geen nadeel toebrengen aan de zaak zelf<sup>1256</sup>. De kortgedingrechter mag wel de (ogenschijnlijke) rechten van de partijen onderzoeken<sup>1257</sup>. Hij kan weigeren om de gevorderde maatregel te nemen indien de schijn van recht van de eiser of de door hem geleden schade bij het uitblijven van een maatregel niet voldoende vaststaat<sup>1258</sup>. Uit de rechtspraak blijkt dat de kortgedingrechters in de praktijk doorgaans effectief nagaan of de rechten van de eiser onbetwistbaar zijn of althans niet voor ernstige betwisting vatbaar lijken<sup>1259</sup>. De beslissingen in kort geding mogen niet resulteren in een definitieve regeling van de

---

<sup>1251</sup> Brussel 27 oktober 1994, *TRV* 1995, 192, noot H. VAN GOMPEL; B. TILLEMEN, “Sekwester” in B. TILLEMEN en A. VERBEKE (eds.), *Knelpunten dienstencontracten*, (97) 171-173. Het sekwester kan overigens betrekking hebben op de bewaring van kopies van de relevante stukken (Brussel 29 juni 2004, AR 2004/KR/79, [www.juridat.be](http://www.juridat.be) (Justel nr. N-20040629-22)).

<sup>1252</sup> S. BEERNAERT, “Algemene principes van het civiele kort geding”, *RW* 2001-02, (1341) 1341.

<sup>1253</sup> I. CLAEYS en P. Taelman, “Contract en kort geding” in V. SAGAERT en D. LAMBRECHT (eds.), *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, (159) nr. 17.

<sup>1254</sup> Cass. 11 mei 1990, *RW* 1990-91, 987, noot J. LAENENS; Voorz. Rb. Gent 6 februari 2004, *Huur* 2006, 101; Voorz. Rb. Brussel 6 februari 1995, *TBBR* 1996, 74.

<sup>1255</sup> I. CLAEYS en P. Taelman, “Contract en kort geding” (159) nr. 12.

<sup>1256</sup> Voorz. Rb. Luik 25 februari 2005, *JLMB* 2005, 710 (uitvoering in natura mag geen definitieve en onherstelbare schade toebrengen).

<sup>1257</sup> Cass. 13 mei 1991, *Arr. Cass.* 1990-91, 910; Cass. 25 april 1996, *Arr. Cass.* 1996, 349; I. CLAEYS en P. Taelman, “Contract en kort geding”, (159) nrs. 15-26. Deze schijn van rechten maakt deel uit van een globale belangenafweging en is dus niet het enige criterium voor de rechter om al dan niet een maatregel toe te staan.

<sup>1258</sup> Cass. 31 januari 1997, *TBH* 1997, 367.

<sup>1259</sup> Voorz. Kh. Antwerpen 10 juni 2002, *Eur. Vervoerr.* 2003, 108 (alleen indien klaarblijkelijk recht); Voorz. Rb. Brussel 6 februari 1995, *TBBR* 1996, 74 (alleen indien klaarblijkelijk recht); Voorz. Rb. Brussel 1 maart 2001, 250 (alleen indien klaarblijkelijk recht); Voorz. Rb. Brussel 23 februari 2004, *T. Not.* 2004, 345 (alleen indien klaarblijkelijk recht).

rechtspositie van de contractanten<sup>1260</sup>. De uitspraak van de kort geding rechter heeft slechts een voorlopig karakter. De beschikking in kort geding heeft bijgevolg geen gezag van gewijsde ten aanzien van de bodemrechter. Zij mag de bodemprocedure niet zinloos maken. De beslissingen mogen daardoor niet onherroepelijk zijn. Deze vaststelling sluit echter niet uit dat een voorlopige maatregel in feite onomkeerbare gevolgen met zich meebrengt<sup>1261</sup>. Men kan nu eenmaal niet altijd in natura terugkomen op het verleden. Dit kan wel steeds gebeuren bij equivalent. De maatregelen dienen gelet op hun voorlopige karakter te worden geconcipieerd als beveiligingsmaatregelen die de eiser beschermen tegen (dreigende<sup>1262</sup>) schade zonder verder te reiken dan het tijdelijk veiligstellen van de belangen van de partijen. De rechter in kort geding kan daarbij de uitvoering in natura bevelen van een overeenkomst<sup>1263</sup>. Een bevel tot voorlopige uitvoering van een contractuele prestatie wordt niet beschouwd als een maatregel die de rechtspositie definitief regelt<sup>1264</sup>. De uitvoering in natura kan bovendien óók in kort geding worden opgelegd voor verbintenissen om iets niet te doen, zoals geheimhoudingsplichten<sup>1265</sup> of niet-concurrentiebedingen (zij het met de nodige omzichtigheid)<sup>1266</sup>. De rechter kan bijvoorbeeld een werknemer op basis van het arbeidsrechtelijke verbod op oneerlijke concurrentie en de arbeidsrechtelijke geheimhoudingsplicht van art. 17, 3° Arbeidsovereenkomstenwet verbieden om gebruik te maken van documenten waarvan hij kennis kreeg tijdens zijn tewerkstelling bij de ex-werkgever<sup>1267</sup>.

Een partij stelt een arbitrageprocedure in en maakt daarbij melding van het bestaan van een bemiddeling. Deze is nochtans onderworpen aan een contractuele geheimhoudingsplicht. De kortgedingrechter acht zich bevoegd om de partij onder dwangsom te verbieden om te verwijzen naar de bemiddelingsprocedure in het raam van de arbitrage<sup>1268</sup>. Een ander voorbeeld is een zaak waarbij twee aandeelhouders van afzonderlijke vennootschappen al hun aandelen hadden overgedragen aan een derde vennootschap, die op haar beurt een openbaar bod uitbracht op een vierde vennootschap. De derde vennootschap was in een gerechtelijke procedure verwikkeld met aandeelhouders van de vierde vennootschap. De overeenkomsten tussen de twee eerdere aandeelhouders en de derde vennootschap hadden een vertrouwelijk karakter. Deze twee gewezen aandeelhouders vorderden dan ook bij wijze

<sup>1260</sup> Cass. 31 januari 1997, *TBH* 1997, 367; Cass. 25 november 1996, *Arr.Cass.* 1996, 1088; Cass. AR 23 december 1994, *Arr.Cass.* 1994, 1152.

<sup>1261</sup> I. CLAEYS en P. TAELEMAN, "Contract en kort geding" (159) nr. 41.

<sup>1262</sup> Dat een dreigend nadeel volstaat vloeit voort uit de aard van het kort geding en vloeit ook voort uit art. 18, tweede lid Ger.W.

<sup>1263</sup> Kh. Hasselt 12 december 1997, *TBBR* 1998, 66; Voorz. Kh. Hoei 10 oktober 1996, *DAOR* 1997, 72, noot P. KILESTE (postcontractuele afspraken blijven afdwingbaar); Voorz. Kh. Antwerpen 10 juni 2002, *Eur. Vervoerr.* 2003, 108; Voorz. Rb. Brussel 6 februari 1995, *TBBR* 1996, 74; Voorz. Rb. Brussel 1 maart 2001, *JT* 2001, 250; Voorz. Rb. Brussel 23 februari 2004, *T. Not.* 2004, 345; Voorz. Rb. Luik 25 februari 2005, *JLMB* 2005, 710 (uitvoering in natura mag geen definitieve schade toebrengen).

<sup>1264</sup> I. CLAEYS en P. TAELEMAN, "Contract en kort geding", (159) nr. 43.

<sup>1265</sup> Voorz. Arbrb. Aarlen 11 augustus 1992, *JTT* 1993, 87; Voorz. Rb. Gent 4 juni 1987, *TRV* 1992, 327, noot B. TILLEMANS.

<sup>1266</sup> Arbh. Brussel 15 juli 2006, *JTT* 2006, 427 (niet-concurrentiebeding); Gent 16 juni 2004, *Soc. Kron.* 2005, 48 (niet-concurrentiebeding); Luik 14 januari 2000, *TBH* 2000, 502 (niet-concurrentieplicht verkoper handelszaak); Voorz. Kh. Dendermonde 20 augustus 2008, AR 42/08, onuitg.; Voorz. Rb. Luik 2 februari 1984, *RCJB* 1987, 245, noot X. DIEUX. Zie ook de verwijzingen in voetnoot 1237.

<sup>1267</sup> Voorz. Arbrb. Turnhout 10 mei 2005, *Or.* 2005, afl. 7, 1.

<sup>1268</sup> Voorz. Kh. Brussel 5 februari 1999, *JLMB* 1999, 559.

van voorlopige maatregel dat de derde vennootschap een verbod zou worden opgelegd om deze overeenkomsten openbaar te maken tot de uitspraak over het derdenverzet van deze gewezen aandeelhouders tegen de beschikking waarbij de derde vennootschap werd verplicht tot de openbaarmaking ervan. De rechter in kort geding aanvaardde het dringende en noodzakelijke karakter van de vordering en kende het verbod toe<sup>1269</sup>.

**362. Ontbinding.** De ontbinding is hetzij een gevolg van een ontbindende voorwaarde waarbij het (voort)bestaan van “de overeenkomst” is gekoppeld aan het al dan niet intreden van een onzekere gebeurtenis (art. 1183 BW), hetzij een sanctie voor een begane wanprestatie op basis van een stilzwijgend beding (artikel 1184 BW)<sup>1270</sup> of op basis van een uitdrukkelijk ontbindend beding. Het uitgangspunt van deze beëindigingswijze is dat de overeenkomst retroactief wordt uitgewist. De ontbinding heeft daardoor in beginsel uitwerking vanaf de contractsluiting. De partijen dienen in de situatie geplaatst te worden alsof zij de overeenkomst nooit waren aangegaan<sup>1271</sup>. Zij moeten niet letterlijk in de positie terechtkomen vóór de contractsluiting, maar wel in de positie waarin zij zich zouden hebben bevonden indien de overeenkomst nooit was gesloten<sup>1272</sup>. Bij duurovereenkomsten gaat de ontbinding bij uitzondering principieel in vanaf het moment waarop de vordering aanhangig werd gemaakt, zodat niet wordt geraakt aan de contractuele verhoudingen die vooraf gingen<sup>1273</sup>. Dit tijdstip kan echter vroeger ingaan wanneer vanaf een bepaald tijdstip niets meer werd uitgevoerd dat vatbaar is voor teruggave<sup>1274</sup>. De partij die vóór het inleiden van de vordering een wanprestatie moest ondergaan, behoudt wel een recht op volledige schadeloosstelling voor de schade die daar mee gepaard gaat<sup>1275</sup>. Het tijdstip van de ontbinding kan verder worden uitgesteld indien de partijen ook na die datum prestaties hebben geleverd niet voor teruggave vatbaar zijn<sup>1276</sup>. De verklaring voor de uitgestelde ontbinding bij duurovereenkomsten is dat de opeenvolgend of continu geleverde prestaties niet meer vatbaar zouden zijn voor teruggave<sup>1277</sup>. Deze redenering is bekritiseerbaar aangezien alleen de herstelling in natura (doorgaans) onmogelijk is voor deze prestaties. Zij blijven vatbaar voor een herstel bij equivalent. In de rechtsleer wordt dan ook gepleit voor een andere benadering waarbij rekening

---

<sup>1269</sup> Voorz. Kh. Nijvel 10 september 1991, *TRV* 1992, 473, noot.

<sup>1270</sup> Het recht om te kiezen tussen een vordering tot uitvoering in natura of een vordering tot ontbinding komt toe aan de schuldeiser die wordt geconfronteerd met de wanprestatie. Noch de rechter (behoudens rechtsmisbruik), noch de schuldenaar kunnen hem een keuze opleggen (Cass. 30 januari 2003, *Arr.Cass.* 2003, 270). Beide keuzes kunnen worden gekoppeld aan een bijkomende vordering tot schadevergoeding voor de schade die alleen remedieerbaar is bij equivalent.

<sup>1271</sup> Cf. Cass. 4 juni 2004, *JLMB* 2004, 1714.

<sup>1272</sup> L. CORNELIS, “De ontbinding: het treurige einde van een mooi verhaal?” in *Sancties en nietigheden*, Gent, Larcier, 2003, (227) 260.

<sup>1273</sup> Cass. 28 juni 1990, *Pas.* 1990, I, 1242. Zie uitgebreid over dit uitgangspunt en de verfijningen ervan: S. STIJNS, “La dissolution du contrat par un acte unilatéral en cas de faute dans l’inexécution ou de vice de formation” in *La volonté unilatérale dans le contrat*, Brussel, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 2008, (325) 451-454.

<sup>1274</sup> Cass. 31 januari 1991, *Pas.* 1991, I, 520.

<sup>1275</sup> Cass. 8 oktober 1987, *Arr. Cass.* 1987-88, 164.

<sup>1276</sup> Cass. 23 juni 2006, *JLMB* 2007, 1031; Cass. 29 mei 1980, *Arr. Cass.* 1979-80, 1211.

<sup>1277</sup> Gent 25 april 2001, *Huur* 2001, 150.

wordt gehouden met het al dan niet deelbare karakter van de prestaties in het licht van de wil van de partijen of de “economie” van de overeenkomst<sup>1278</sup>.

**363. Voldoende ernstige wanprestatie en geheimhoudingsplicht.** De miskenning van een geheimhoudingsplicht rechtvaardigt, behoudens afwijkend beding, niet *ipso facto* een ontbinding van de overeenkomst. De uitoefening van het stilzwijgend ontbindende beding vereist dat de begane wanprestatie voldoende ernstig is. De rechter oordeelt soeverein over de toekenning van de ontbinding door (het bestaan en) de zwaarte van de wanprestatie te toetsen. Hij beschikt bijgevolg over een ruime beoordelingsmarge<sup>1279</sup>.

Een concessiegever zegt op brutale wijze een concessieovereenkomst op met als enige motief een interne reorganisatie. De betrokkenen gaan een dading aan waarbij de concessienemer afstand doet van zijn vordering tegen de betaling van een geldsom. De overeenkomst bevat tevens een geheimhoudingsclausule die stelt dat: “les parties s’engagent à garder un caractère confidentiel au présent protocole et à ne pas en divulguer les termes sauf à l’Administration Fiscale et aux Commissaires au Comptes si besoin est”. De concessienemer blijkt een kopie van de dading doorgegeven te hebben aan een andere concessienemer die in een proces verwickeld was met de concessiegever. De concessiegever beroept zich op de schending van de geheimhoudingsplicht en vordert hierop de ontbinding van de hele dading ten nadele van de concessienemer. Bij gebrek aan uitdrukkelijk ontbindend beding past de rechter de criteria van artikel 1184 BW toe, waardoor hij dient te onderzoeken of de aangevoerde fout voldoende ernstig is om een ontbinding te rechtvaardigen. De concessiegever voerde aan dat het geheimhoudingsbeding een essentieel onderdeel was van de dading aangezien hij gelijkaardige betwistingen met andere opgezegde concessienemers wenste te vermijden. De rechter stelt echter dat het slechts om een accessoire verplichting gaat in vergelijking met de regeling van de onrechtmatige opzegging. Bovendien had de concessiegever met het oog op de liquidatie van het overgebleven materieel zelf meer informatie meegedeeld aan een derde dan strikt genomen noodzakelijk was. Deze derde was hierdoor minstens op de hoogte van het bestaan en mogelijk zelfs van de teneur van de dading. De rechter achtte geen enkel element uit de zaak voldoende om een ontbinding toe te kennen in het nadeel van de ex-concessienemer. Deze sanctie werd te streng geacht voor de ex-concessienemer aangezien dit zou hebben geleid tot het verlies van de toegekende schadevergoeding en tot de nood om deze in rechte te vorderen.<sup>1280</sup>

In een Belgische zaak werd de fout dan weer wel voldoende zwaar geacht. De partijen gaan een makelaarsovereenkomst aan voor de verkoop van een handelspand. De koper stipuleert dat de verkoop discreet moet gebeuren. De overeenkomst vermeldt expliciet: “Discrete verkoop. Geen advertenties met foto en adres. Geen te koop bord”. De verkoper voert namelijk nog een handel in maatkeukens in

---

<sup>1278</sup> S. STIJNS, “La dissolution du contrat par un acte unilatéral en cas de faute dans l’inexécution ou de vice de formation”, (325) 454 *et seq.* Anders: L. CORNELIS, “De ontbinding: het treurige einde van een mooi verhaal?”, (227) 254-255.

<sup>1279</sup> S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, 225, nr. 155 *et seq.*; S. STIJNS, “De buitengerechtelijke ontbinding wegens wanprestatie in wederkerige overeenkomsten: door het Hof van Cassatie erkend, doch tegelijk miskend”, *TBBR* 2003, (258) 260. Zie voor een geschil over de miskenning van een geheimhoudingsplicht en de ontbinding van een beëindigingsovereenkomst in Nederland: HR 22 juni 2007, C05/332HR, LJN: BA4122.

<sup>1280</sup> Cour d’appel Parijs 21 februari 1997, *Juris-Data* nr.: 1997-022029; zie tevens J. MILQUET, *RDAl* 1991, (153), 157.

het pand en vreest dat het geven van ruchtbaarheid aan de intentie tot verkoop nadelig zal zijn voor zijn omzet. De makelaar gaat na twee maanden toch over tot de publicatie van advertenties met foto's en adres in een magazine en op de eigen website. De verkoper ziet hier een contractbreuk in en gaat over tot de buitengerechtelijke ontbinding van de overeenkomst. De rechter die *a posteriori* uitspraak doet over de ontbinding acht de fout van de makelaar bewezen. Hij ziet hier bovendien een voldoende zware tekortkoming in die de ontbinding van de overeenkomst rechtvaardigt omdat de discretieplicht een essentieel onderdeel van de overeenkomst was<sup>1281</sup>.

De problematiek rond de zwaarte van de tekortkoming is tevens gekend in de *common law*. Zo vereist de *common law* een *material breach* opdat de medecontractant ontslagen zou worden van zijn eigen prestatieplicht<sup>1282</sup>. Een *immaterial breach* ontslaat geen van beide partijen om te presteren en opent alleen het recht op remediëring van de wanprestatie.

Texas Instruments en Qualcomm waren een Patent Portfolio Agreement (“PPA”) aangegaan<sup>1283</sup>. Dit is een overeenkomst waarbij de betrokkenen octrooien met elkaar delen. Texas Instruments schendt de geheimhoudingsplicht die is opgenomen in de PPA. Qualcomm beschouwt deze miskenning als een *material breach*. De rechter weigert de wanprestatie te beschouwen als een aanzienlijke tekortkoming. De geheimhoudingsplicht is slechts een accessoire verplichting. Het hoofddoel van de overeenkomst is om een “patentvrede” te bewerkstelligen tussen de partijen en deze patentvrede houdt stand ondanks de wanprestatie.

**364. Ontbinding van informatieverstrekkings (zonder postcontractuele geheimhoudingsplichten).** Restitutie in natura van een vertrouwelijke informatieverstrekking is niet meer zinvol indien het geheim teniet is gegaan. Het herstel in natura van de situatie vóór de contractsluiting (of bij duurovereenkomsten vóór het instellen van de vordering) is namelijk onmogelijk geworden. De retroactieve werking van de ontbinding laat de (buitencontractuele) rechten onverlet die derden te goeder trouw in de tussentijd op de informatie hebben verkregen aangezien de meester van het geheim hier geen exclusieve aanspraken erga omnes op geniet. Een daadwerkelijke restitutie van informatie in natura is alleen zinvol indien er nog geen kennis van werd genomen. De ontbinding voorkomt dan dat de informatie moet worden meegedeeld aan een onbetrouwbaar gebleken medecontractant. Indien de informatie reeds werd meegedeeld, maar de informatieverkrijger er nog geen kennis van heeft genomen, kan de restitutie gebeuren door de vernietiging of terugbezorging van de materiële informatiedragers. Een vernietiging of teruggave als dusdanig levert daarentegen géén volwaardige restitutie op indien de informatieverkrijger reeds

---

<sup>1281</sup> Kh. Tongeren 19 januari 2007, AR A/05/03188, onuitg., 5.

<sup>1282</sup> Zie de tweede *Restatement* voor algemene, gezaghebbende richtsnoeren om te bepalen of een *breach material* is (§ 241, *Restatement (Second) of Contracts* (Rest 2d Contr § 241). Zie tevens de analyse van E. ANDERSEN, “A new look at material breach in the law of contracts”, 21 U.C. Davis L. Rev. 1073 en de kritische rechtsvergelijkende reflecties van Treitel (G. TREITEL, “Chapter 16. Remedies for Breach of Contract (Courses of Action Open to a Party Aggrieved)”, 126-128, nrs. 161-163). Zie voor het Verenigd Koninkrijk: E. PEEL en G. TREITEL, *The law of contract*, Londen, Sweet & Maxwell, 2007, 870.

<sup>1283</sup> Court of Chancery of Delaware 14 juli 2004, Texas Instruments v. Qualcomm, 2004 WL 1631356 (Del. Ch.).

kennis nam van de informatie. De materiële restitutie van informatiedragers blijft mogelijk, maar dit wist het geheugen van de medecontractant niet uit. Deze kennis komt in beginsel slechts in aanmerking voor een restitutie bij equivalent.

Een arrest van het hof van beroep te Brussel van 22 mei 2002 illustreert dit. Een onderneming doet beroep op een rekruterings- en selectiebureau dat zich toelegt op het rekruteren van technisch gespecialiseerd personeel voor rekening van derden. De opdracht bestaat uit het vinden van twintig ingenieurs en technici voor technische dienst van de onderneming. Er wordt een voorschot gestort van 24.296,04 euro bij de aanvang van de overeenkomst. Enkele maanden later tracht het bureau het diensthoofd van een bedrijfsafdeling af te werven. De onderneming vordert hierop de ontbinding van de overeenkomst wegens schending van de geheimhoudingsplicht. De rechter stelt vast dat het gaat om een aflopende overeenkomst (een eenmalige opdracht tot aanwerving van twintig ingenieurs en technici), zodat de ontbinding kan terugwerken tot op het moment van de contractsluiting. Er rijst geen moeilijkheid voor de terugbetaling van het voorschot aangezien dit slechts neerkomt op de betaling van een geldsom. De rechter ziet evenmin graven in de retroactieve uitwissing van de verplichting tot het aanbrengen van de twintig potentiële werknemers. De lijsten zelf zijn uiteraard vatbaar voor een teruggave in natura. Bovendien blijkt de onderneming de namenlijsten niet te hebben gebruikt en in bepaalde gevallen zelfs niet te hebben geconsulteerd. De rechter stelt daarom vast dat geen bewijs van een verrijking wordt geleverd<sup>1284</sup>, zodat hiervoor geen vergoeding betaald hoeft te worden. Deze analyse is bekritiseerbaar omdat zij geen rekening houdt met het feit dat de opdrachtgever blijkbaar wel op de hoogte was van een deel van de informatie en hiervan in de toekomst nog steeds gebruik kon maken. Het valt dan ook niet uit te sluiten dat het bedrijf beter af was na de ontbinding dan in de hypothese waarin zij de overeenkomst nooit was aangegaan, terwijl het rekruteringsbureau slechter af was door de kosten die het had gemaakt voor de samenstelling van de informatie.

Het alternatief is om de contractuele basisverhouding te ontbinden met inbegrip van de verspreidings- en gebruiksrechten op de informatie, maar met behoud van een postcontractuele geheimhoudingsplicht.

**365. Ontbinding van geheimhoudingsplichten?** Geheimhoudingsplichten zijn duurverbintenissen. De ontbinding vindt daarom pas ingang vanaf het tijdstip waarop de vordering wordt ingeleid (of later indien de verbintenis gedurende enige tijd nadien nog correct werd nageleefd)<sup>1285</sup>. In de periode voordien diende de geheimhoudingsplicht onverkort te worden nageleefd. De ontbinding van de resterende geheimhoudingsduur is in het voordeel van de geheimplichtige. Hij wordt immers ontslagen van zijn geheimhoudingsplicht, desgevallend mits vergoeding bij equivalent van de waarde van de informatieverstreking en een eventuele vergoeding voor de schade hij heeft veroorzaakt door zijn wanprestatie. De partiële ontbinding van de overeenkomst waarbij de geheimhoudingsplicht behouden blijft, biedt een oplossing voor dit probleem (*infra* randnr. 559)<sup>1286</sup>. Daarnaast kan de meester van het

---

<sup>1284</sup> Brussel 22 mei 2002, RW 2004-05, 186.

<sup>1285</sup> Zie o.m. de kritische analyse van S. STUNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, 303, nr. 214 *et seq.*

<sup>1286</sup> Ghestin, Jamin en Billiau zien in de onmogelijkheid om de informatieverstreking in natura uit te wissen een argument voor het behoud van geheimhoudingsbedingen n.a.v. de ontbinding van hun contractuele basisverhouding (J. GHESTIN, Ch. JAMIN en M. BILLIAU, 554, nr. 494).

geheim voor de verdere bescherming van zijn geheimen nog terugvallen op buitencontractuele geheimhoudingsplichten indien deze beschikbaar zijn.

**366. Herstel bij equivalent van de geheimhoudingsplicht (schadevergoeding).** De schadevergoeding in het contractenrecht omvat zowel de geleden schade als de gederfde winst (art. 1149 BW). Dit is het zogenaamde positieve contractbelang, meer bepaald de situatie waarin de schuldeiser zich bevonden zou hebben indien de overeenkomst correct werd uitgevoerd<sup>1287</sup>. Bij geheimhoudingsplichten kan de schade van de meester van het geheim bijvoorbeeld bestaan uit de geheel of gedeeltelijk nutteloos geworden onderzoekskosten, het verlies van het concurrentiële voordeel dat uit de geheimhouding voortvloeide (bv. een daling van het zakencijfer omdat concurrenten voortaan dezelfde kwaliteit van goederen of diensten kunnen leveren), uit het verlies van de kans op bijkomende licentienemers of uit het verlies van licentievergoedingen in bestaande overeenkomsten met derde-licentienemers indien de betaling daarvan gekoppeld was aan de geheimhoudingsduur of werd vastgesteld op basis van andere factoren die worden beïnvloed door het geheime karakter (bv. de omzet die de licentienemer realiseerde via het geheime procedé). De schade kan zowel materieel als moreel zijn<sup>1288</sup>, maar is in het contractenrecht beperkt tot wat voorzienbaar is (althans behoudens het geval van opzet: art. 1150 BW).

Sommige inbreuken op de geheimhoudingsplicht brengen overigens geen schade met zich mee. Zo werd een Canadese bankier met voorgetekende blanco cheques misleid om fondsen uit te betalen tegen de wil van de rekeninghouder in. De houders van de cheques vroegen de uitbetaling van de volledige rekening. De onzorgvuldige bankier deelde naar aanleiding van deze uitbetaling het saldo van de rekening mee en betaalde dit uit. De rechter acht deze mededeling van het saldo een inbreuk op de geheimhoudingsplicht van de bankier. Hij stelt echter vast dat deze inbreuk als dusdanig geen rechtstreekse schade veroorzaakte aangezien de uitbetaling te wijten was aan de kunstgrepen van de houders van de cheques: “I find, of course, that in this instance Mr. Templeman did not have any right to reveal to Mrs. Childs and Templar the amount on deposit in Mr. Hull’s account. [...] My difficulty, however, is to see how the plaintiff suffered damage as a result of Mr. Templeman’s course of action. It is true that there was a breach of the duty of non-disclosure, but that breach did not, in my opinion, bring about or cause or contribute to the loss sustained by Mr. Hull. Mr. Templeman’s conduct was, in my view, simply collateral or ancillary to the plan devised by Mrs. Childs and Templar, and it was the exploits of the latter that really were responsible for the harm the plaintiff sustained”<sup>1289</sup>.

Het is doorgaans erg moeilijk om een precies bedrag te bepalen voor de schade die wordt aangericht door de miskenning van een geheimhoudingsplicht<sup>1290</sup>. Zo is er niet

---

<sup>1287</sup> Zie hierover m.b.t. *know how* overeenkomsten: R. SCHLOSSER, *Le contrat de savoir-faire: étude de droit suisse*, 161-164.

<sup>1288</sup> Rb. Brussel 25 februari 2000, *TBH* 2001, 860, noot J. BUYLE en M. DELIERNEUX.

<sup>1289</sup> High Court of Justice Ontario 11 december 1950, *Hull v. Childs*, 1950 CarswellOnt 412.

<sup>1290</sup> België: Y. VERLEISDONK, E. JANSSENS en M. WILKENHUYSEN, 45; F. WALSCHOT, “Confidentialiteitsclausules”, (125) 130. Frankrijk: V. CAURA, 361 *et seq.* Zie voor een geval waarin dit wel mogelijk was: Cour d’appel Parijs (5<sup>e</sup> kamer, sectie B) 14 februari 1997, *JCP G* 1998, II, 10000, noot B. FAGES. In Frankrijk is er een strekking in de rechtspraak en rechtsleer die stelt dat de wanprestatie bij een verbintenis om iets niet te doen ook kan leiden tot schadevergoeding zonder dat schade moet worden aangetoond. Dit laat toe om het economische evenwicht van de overeenkomst te herstellen (zie o.m. P. STOFFEL-MUNCK, “Responsabilité contractuelle”, *JCP G* 2006, I, 111, nrs. 3-4;

*ipso facto* een (geheel of gedeeltelijk) causaal verband tussen een daling van de omzet bij de meester van het geheim en een miskende geheimhoudingsplicht<sup>1291</sup>. Het stipuleren van een schadebeding (al dan niet gekoppeld aan een bankgarantie) vermijdt dit bewijsprobleem<sup>1292</sup>. De hoogte van het bedrag moet worden bepaald op basis van de schade die voorzienbaar is op het tijdstip van de contractsluiting<sup>1293</sup>. De rechter kan de bedongen schadevergoeding matigen indien het bedrag te hoog is, bijvoorbeeld omdat de partij haar verbintenissen gedurende enige tijd correct heeft nageleefd<sup>1294</sup>. Een schadebeding wordt in principe gestipuleerd als een contractueel recht ten voordele van één van de partijen (voor de naleving van geheimhoudingsplichten gaat het in beginsel om de meester van het geheim). Deze partij kan bijgevolg ervoor kiezen om zich niet te beroepen op dit recht indien zij vaststelt dat haar werkelijk geleden schade (waarvan zij per hypothese het bewijs kan leveren) hoger is dan het bedrag dat zij kan verkrijgen op basis van het schadebeding.

In verband met de moeilijkheid om het bestaan van een schade en de precieze begroting van de schadevergoeding kan worden gewezen op een recente lijn van arresten van de eerste civiele kamer van het Franse hof van cassatie. Het hof hanteert in deze arresten een letterlijke interpretatie van artikel 1145 BW, dat stelt dat “indien de verbintenis bestaat in iets niet te doen, is hij die daartegen handelt, uit hoofde van de enkele overtreding schadevergoeding verschuldigd”. Het hof oordeelt op basis van deze wettelijke bepaling dat het slachtoffer van een inbreuk op een contractuele verbintenis om iets niet te doen recht heeft op een “schadevergoeding” door het loutere bestaan van deze inbreuk, met andere woorden zonder het bestaan of het bedrag van zijn schade te moeten aantonen<sup>1295</sup>.

**367. Schadevergoeding als remedie in de *common law*.** In de *common law* geldt een voorkeur voor het herstel bij equivalent in de vorm van schadevergoeding<sup>1296</sup>. Deze

---

M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, I, *Contrat et engagement unilatéral*, Parijs, PUF, 2008, 632-634, nr. 244).

<sup>1291</sup> Zie niettemin voor een Franse zaak waarin dit causale verband wel werd aanvaard bij gebrek aan andere verklaring voor de daling van het zakencijfer: Cour d'appel Lyon (3<sup>e</sup> civiele kamer) 11 september 2003, nr. JurisData: 2003-225122.

<sup>1292</sup> O.m. N. VAN RANST, “Geheimhoudingsovereenkomst” in *Bijvoorbeeld. Modellen voor het bedrijfsleven*, Antwerpen, Kluwer, IV.425-4; Y. VERLEISDONK, E. JANSSENS en M. WILKENHUYSEN, 45; P. VAN HOOGHTE, “Acquisitieovereenkomsten”, *DAOR* 1990, afl. 16, (59) 63. Zie voor een toepassing van een schadebeding op de schending van een contractuele geheimhoudingsplicht: Cour d'appel Parijs (25<sup>e</sup> kamer, sectie A) 22 juni 2007, nr. JurisData: 2007-338138; Cour d'appel Aix en Provence (18<sup>e</sup> kamer) 24 januari 2006, 2006-298570.

<sup>1293</sup> Cass. 17 april 1970, *Arr. Cass.* 1970, 754, conclusie E. KRINGS; Cass. 29 februari 1996, *Arr. Cass.* 1996, 208 en *Pas.* 1996, I, 221; Rb. Veurne 28 januari 1999, *AJT* 1999-2000, 263.

<sup>1294</sup> Cass. 25 juni 1976, *Arr. Cass.* 1976, 1204; Rb. Kortrijk 8 februari 1962, *RW* 1961-62, 1575 (verbintenis om iets niet te doen die gedeeltelijk was uitgevoerd).

<sup>1295</sup> Cass. 1<sup>e</sup> civ. (fr.) 14 oktober 2010, *RTD Civ.* 2010, 781, met kritische noot B. FAGES; Cass. 1<sup>e</sup> civ. 31 mei 2007, *D* 2007, 2784; Cass. 1<sup>e</sup> civ. (fr.) 10 mei 2005, *D* 2005, 1505. Zie voor een uitgebreide analyse: C. LISANTI, “Sanction de l'inexécution de l'obligation de ne pas faire”, *D* 2007, 2784; CH. BOILLOT, “L'obligation de ne pas faire: étude à partir du droit des affaires...”, *RTD Com.* 2010, 243, nrs. 10-22.

<sup>1296</sup> § 359, *Restatement (Second) of Contracts* (Rest 2d Contr § 359 - “Specific performance or an injunction will not be ordered if damages would be adequate to protect the expectation interest of the injured party”); J. PERILLO, *Calamari and Perillo on contracts*, St. Paul, West, 2009, 550-551, § 16.1; E. MURRAY, *Corbin on Contracts Desk Edition*, 63-4, §63.01; G. TREITEL, “Chapter 16. Remedies for Breach of Contract (Courses of Action Open to a Party Aggrieved)”, 17, nr. 30; D. WORLEY,



vorm van herstel is in beginsel beperkt tot de daadwerkelijke schade die de schuldeiser oploopt door de wanprestatie. De rechter kan een *specific performance*<sup>1297</sup> (of bij een verbintenis om iets niet te doen: een *injunction*<sup>1298</sup>) bevelen indien hij vaststelt dat deze remedie mogelijk is en de schadevergoeding geen gepaste vorm van rechtsherstel biedt<sup>1299</sup> (al blijft het steeds in aanzienlijke mate een discretionaire remedie<sup>1300</sup>), wat vaak het geval zal blijken bij geheimhoudingsovereenkomsten<sup>1301</sup>.

**368. Winstafdracht – redelijke licentievergoeding als remedie voor de miskenning van geheimhoudingsplichten?** Het Engelse en (al is het precieze toepassingsgebied van deze remedie hier controversiëler<sup>1302</sup>) het Amerikaanse recht kennen naast de normale *damages* (het gaat hierbij meer bepaald om *compensatory damages*, d.i. compensatoire schadevergoeding, er wordt in deze context niet ingegaan op bijzondere vormen van schadevergoeding zoals de *nominal*, *punitive*<sup>1303</sup> of *statutory damages*) en de *specific performance* nog een rechtsfiguur genaamd *gain-based* of *restitutionary damages* die leiden tot een zogenaamde *restitution* (met een ongerechtvaardigde verrijking als grondslag)<sup>1304</sup>, *account of profits* of *disgorgement* (met een fout als grondslag)<sup>1305</sup>. Deze remedie (waarbij de omvang van de vergoeding

---

“Remedies for breach of contract in common law jurisdictions” in *Drafting and enforcing contracts in civil and common law jurisdictions*, Deventer, Kluwer, 1986, (121) 122. Zie enigszins relativerend voor de Amerikaanse *common law*: E.A. FARNSWORTH, *Farnsworth on Contracts*, 2004, III, 164 (vaststelling van de voorkeur voor *damages* in het Engelse recht) en 172-173 (“The tendency is, however, to liberalize the granting of specific performance and injunction by enlarging the classes of cases in which damages are regarded as an inadequate remedy”); G. KLASS, “Part I. General Principles of the Law of Contract” in *International Encyclopaedia of Laws – Contracts – National Monographs: USA*, Kluwer Law International, Suppl. 60 (October 2009), (63) 211, nr. 296 *et seq.*

<sup>1297</sup> Zie voor een rechtsvergelijkende omschrijving van deze rechtsfiguur in de *common law*: G. TREITEL, “Chapter 16. Remedies for Breach of Contract (Courses of Action Open to a Party Aggrieved)”, 7-8, nr. 9; zie tevens uitgebreid J. CHITTY, *Chitty on contracts*, 2008, I, 1717, 27-001 *et seq.*

<sup>1298</sup> § 357, *Restatement (Second) of Contracts* (Rest 2d Contr § 357); E. PEEL en G. TREITEL, *The law of contract*, 2007, 1123, nr. 21-051 *et seq.*

<sup>1299</sup> Bv. Queen’s Bench Division 23 september 1994, *Yasuda Fire & Marine Insurance Co. of Europe Ltd. v Orion Marine Insurance Underwriting Agency Ltd.*, 1995 Q.B. 174 (schadevergoeding werd geen geschikte remedie geacht voor de weigering om documenten over te leggen voor de uitoefening van een controlerecht).

<sup>1300</sup> § 357, *Restatement (Second) of Contracts* (Rest 2d Contr § 357); J. PERILLO, *Calamari and Perillo on contracts*, 2009, 560, § 16.7 en 574-575, § 16.20; E. MURRAY, *Corbin on Contracts Desk Edition*, 63-3, §63.01; G. TREITEL, “Chapter 16. Remedies for Breach of Contract (Courses of Action Open to a Party Aggrieved)”, 19, nr. 32; E. PEEL en G. TREITEL, *The law of contract*, 2007, 1108, nr. 21-028 *et seq.*

<sup>1301</sup> Bv. US Court of Appeals (Fifth Circuit) 15 oktober 1981, *Merril Lynch, Pierce, Fenner & Smith v. Stidham*, 658 F.2d 1098.

<sup>1302</sup> E.A. FARNSWORTH, *Farnsworth on Contracts*, 2004, III, 348-350 en 361 (“In no jurisdiction do courts generally apply the disgorgement principle” (eigen cursivering)).

<sup>1303</sup> Een louter contractuele wanprestatie komt traditioneel overigens niet in aanmerking voor *punitive damages* in de *common law*. Zij kunnen worden toegestaan indien de feiten (ook) te kwalificeren zijn als een *tort*: § 355, *Restatement (Second) of Contracts* (Rest 2d Contr § 355); G. TREITEL, “Chapter 16. Remedies for Breach of Contract (Courses of Action Open to a Party Aggrieved)”, 25-26, nr. 45 en E. PEEL en G. TREITEL, *The law of contract*, 2007, 1003-1004, nr. 20-015; E.A. FARNSWORTH, *Farnsworth on Contracts*, 2004, III, 194-198.

<sup>1304</sup> Zie voor een analyse van deze rechtsfiguur en het onderscheid met de *account of profits*: S. DOYLE en D. WRIGHT, “Restitutionary Damages – The Unnecessary Remedy?”, 2001 MULR 1.

<sup>1305</sup> Het standaardarrest naar Engels recht voor deze materie is House of Lords 27 juli 2000, *Attorney General v. Blake*, 2001 IRLR 36. Het standaardarrest naar Amerikaans recht is Supreme Court United

niet gebaseerd is op het verlies van het slachtoffer, maar op de winst van de dader) is bij uitstek geschikt om de miskennen van geheimhoudingsplichten en andere verbintenissen om iets niet te doen te sanctioneren. Het rechtsherstel bestaat er namelijk in dat de schuldenaar de winst die hij uit zijn wanprestatie haalt, geheel of gedeeltelijk moet afstaan aan de schuldeiser<sup>1306</sup>. De rechter kan deze sanctie *zelfs* opleggen indien de schuldeiser geen (of geen aantoonbaar) verlies heeft geleden<sup>1307</sup>. De winstaftocht op basis van een *account of profits* of *disgorgement* kan op contractueel vlak worden uitgesproken in het raam van *fiduciary relationships*<sup>1308</sup> (waarbij op te merken valt dat een geheimhoudingsovereenkomst niet *ipso facto* leidt tot een fiduciaire relatie<sup>1309</sup>) en wordt in uitzonderlijke gevallen ook aanvaard voor andere types van overeenkomsten waar andere remedies geen gepast rechtsherstel bieden<sup>1310</sup>. De achterliggende rechtvaardiging van deze vorm van rechtsherstel is dat

---

States 19 februari 1980, *Frank Snepp v. United States* 444 US 507. De feiten van beide zaken zijn zeer gelijkaardig. Het ging om werknemers van de geheime dienst van de respectieve landen die gebonden waren tot vertrouwelijkheid over hun activiteiten en die deze verbintenis om iets niet te doen miskenden door het schrijven van een boek over hun ervaringen. De respectieve overheden vorderden daarop dat hun ex-werknemers de opbrengst van hun publicatie zouden afstaan. Deze vorderingen werden toegestaan omdat de schade van de overheden moeilijk te bepalen was en de *specific performance* niet meer mogelijk was. In *Snepp* was volgens het *Supreme Court* sprake van een constructive trust terwijl het House of Lords in *Blake* alleen het bestaan van een normale overeenkomst vaststelde. Zie voor recente toepassingen van *disgorgement* m.b.t. geheimhoudingsovereenkomsten: Court of Appeals (Ninth Circuit) 26 april 2010, *Foster Poultry Farms v. Suntrust Bank*, 377 Fed.Appx. 665; Court of Appeal California (Sixth District) 21 december 2005, *Ajaxo Inc. v. E\*Trade Group, Inc.*, 135 Cal.App.4th 21.

<sup>1306</sup> Een dergelijke rechtsfiguur is ook voorzien in modelregel II. – 3:302 (4) DCFR voor de inbreuk op een geheimhoudingsplicht n.a.v. onderhandelingen (“A party who is in breach of the duty is liable for any loss caused to the other party by the breach and may be ordered to pay over to the other party any benefit obtained by the breach”). Zie tevens art. 2.16 van de UNIDROIT beginselen.

<sup>1307</sup> O.m. S. WORTHINGTON, *Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 131.

<sup>1308</sup> *Ibid.* 131. Zie naast de in de volgende voetnoten aangehaalde bronnen ook G. TREITEL, “Chapter 16. Remedies for Breach of Contract (Courses of Action Open to a Party Aggrieved)”, 24-25, nr. 43 (“Gains which have accrued to the party in breach may be recoverable on the principle of unjust enrichment [...] or where he has committed a breach of ‘fiduciary duty’. But profits to the party in breach are not recoverable *merely* because they have accrued as a result of the breach of contract”); E.A. FARNSWORTH, *Farnsworth on Contracts*, 2004, III, 344-348.

<sup>1309</sup> Zie bv. High Court of Justice (Chancery Division) 5 maart 2010, *Veroe v. Rutland Fund Management Ltd.*, [2010] EWHC 424 (Ch); Court of Appeal (Civil Division) 11 maart 1969, *Seager v. Copydex*, [1969] 2 All ER 718.

<sup>1310</sup> Zie uitgebreid naar Engels recht: J. CHITTY, *Chitty on contracts*, 2008, I, 1609, 26-020 *et seq.*; P. GOULDING (ed.), 502, nr. 10.100; P. JAFFEY, “Disgorgement and ‘licence fee damages’ in contract”, *Journal of Contract Law* 2004, 20 *Journal of Contract Law* 57. Zie tevens L. CLARKE, “Breach of confidence and the employment relationship”, 31 *Indus. LJ* 353, (353) 358; M. SIEMS, “Disgorgement of profits for breach of contract: a comparative analysis”, *Edin. L.R.* 2003, 7 (1), 27. Zie naar Amerikaans recht: J. HILL, “Trade Secrets, Unjust Enrichment, and the Classification of Obligations”, 4 *VA J.L. & Tech.* 2, in het bijzonder 99-103. De mogelijkheid van *disgorgement* als remedie is zoals opgemerkt nog enigszins controversieel in het Amerikaanse contractenrecht. De klassieke visie stelt dat “one who merely breaches a contract is not required to restore collateral profits or gains facilitated by the breach” (*cf.* de analyse van C. ROBERTS, “A commonwealth perspective on restitutionary disgorgement for breach of contract”, 65 *Wash. & Lee L. Rev.* 945, (945) 950). Een modernere opvatting (M. EISENBERG, “The disgorgement interest in contract law”, 105 *Mich. L. Rev.* 559; C. ROBERTS, “A commonwealth perspective on restitutionary disgorgement for breach of contract”, 65 *Wash. & Lee L. Rev.* 945; C. ROBERTS, “Restitutionary disgorgement as a moral compass for breach of contract”, 77 *U. Cin. L. Rev.* 991; J. MCCAMUS, “Disgorgement for breach of contract: a comparative perspective”, 36 *Loy. L.A. L. Rev.* 943; zie kritisch: E. WEINRIB, “Punishment and disgorgement as contract remedies”, 78 *Chi.-Kent L. Rev.* 55) stelt zich echter ontvankelijker op ten opzichte van

de schuldenaar niet het recht heeft om voordeel te halen uit een ongeoorloofde wanprestatie. Een andere vorm van herstel zijn de zogenaamde *licence fee damages* of de *reasonable royalties* (of een redelijke prijs in het algemeen). Dit rechtsherstel in de vorm van een (licentie)vergoeding biedt de schuldeiser het recht op een billijke vergoeding (bv. corresponderend met het aandeel waarin de informatie heeft bijgedragen tot de gerealiseerde winsten) voor het onrechtmatige gebruik dat van zijn informatie is gemaakt<sup>1311</sup>.

De eiser heeft naar Engels recht geen discretionair recht om te kiezen voor een *account of profits* (deze mogelijkheid komt toe aan de rechtbank<sup>1312</sup> omdat het een *equitable remedy* is<sup>1313</sup>). Zo oordeelde de rechtbank in de zaak *Veroe v. Rutland Fund Management Ltd.*<sup>1314</sup> dat een *reasonable price (in casu)* een meer geschikte vorm van herstel was dan de gevorderde *account of profits*. Veroe benadert Rutland voor de financiering van een interessante overname. Hij deelt zijn geheime informatie mee nadat Rutland een geheimhoudingsovereenkomst ondertekent. De overeenkomst verbiedt onder meer het gebruik van de geheime informatie voor andere dan de toegestane doeleinden (namelijk de evaluatie van de *management buy in* die Veroe beoogde). Enige tijd later blijkt Rutland de doelwitonderneming over te nemen zonder Veroe daarbij te betrekken. De rechter stelt een schending van de geheimhoudingsplicht vast en kent Veroe een redelijke vergoeding toe: “Assessing the overall picture and weighing up such arguments, I conclude that the reasonable price at which RFML should be taken to have bought out Mr Veroe’s contractual rights is for an equity allocation (or equivalent) of 5% in the acquisition vehicle [...]”. De vordering voor een *account of profits* (die tot een veel hogere vergoeding zou leiden) wordt afgewezen: “In the present case, I consider that an award of an account of the profits made by the defendants would not be an appropriate remedy [...]. [T]here was no fiduciary relationship between RFML and the Claimants. Nor did the Claimants provide RFML with information about a secret design or process analogous to other forms of intellectual property. The relationship between them was founded upon a contractual relationship, in which each side bargained at arm’s length to define the obligations to be accepted [...]”.

Het Belgische algemeen privaatrecht kent vooralsnog<sup>1315</sup> geen rechtsfiguur die de benadeelde meester van het geheim toelaat om de winst die de geheimplichtige uit de

---

*disgorgement* (het voorgestelde art. 39 voor een nieuwe Amerikaanse *Restatement of Restitution* bevat overigens aanbevelingen voor *disgorgement* als remedie voor bepaalde contractuele wanprestaties indien de klassieke contractuele schadevergoeding onvoldoende blijkt voor een passend rechtsherstel - *Restatement (Third) of Restitution & Unjust Enrichment* § 39 – Tentative Draft (T.D. No. 4, 2005)).

<sup>1311</sup> P. JAFFEY, “Disgorgement and ‘licence fee damages’ in contract”, 20 *Journal of Contract Law* 57.

<sup>1312</sup> E. PEEL en G. TREITEL, *The law of contract*, 2007, 996-999, nrs. 20-007 en 20-008.

<sup>1313</sup> House of Lords 27 juli 2000, *Attorney General v. Blake*, 2001 IRLR 36; S. DOYLE en D. WRIGHT, “Restitutionary Damages – The Unnecessary Remedy?”, 2001 MULR 1, titel VII, A, eerste alinea; P. GOULDING (ed.), 497, nr. 10.87 en 504, nr. 10.105.

<sup>1314</sup> High Court of Justice (Chancery Division) 5 maart 2010, *Veroe v. Rutland Fund Management Ltd.*, [2010] EWHC 424 (Ch).

<sup>1315</sup> Dit is tot nader order evenmin het geval in het algemene Franse verbintenissenrecht (ook hier biedt bepaalde specifieke wetgeving wel deze mogelijkheid), al wordt de invoering van zogenaamde *dommages-intérêts punitifs* wel bediscussieerd voor opzettelijke fouten: zie o.m. art. 1371 *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit à la prescription*, Rapport à Monsieur Pascal Clément, 22 september 2005; G. VINEY, “Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile”, *D* 2009, 2944; M. BEHAR-TOUCHAIS, “Le choix d’une orientation: punir ou réparer?” in S. LE GAC-PECH (ed.), *Remédier aux défaillances du contrat*, Brussel, Larcier, 2010, 91-100.

inbreuk haalt rechtstreeks in te palmen, los van de eigen geleden schade<sup>1316</sup>. De schadelijder kan er alleen aanspraak op maken indien de rechter vaststelt dat hij zonder de wanprestatie deze inkomsten daadwerkelijk zelf zou hebben gerealiseerd. Ook een *reasonable royalty* (of vergelijkbare forfaitaire raming) veronderstelt, behoudens andersluidende wettelijke bepalingen<sup>1317</sup>, dat de schade daadwerkelijk bestaat uit het mislopen van een dergelijke licentievergoeding<sup>1318</sup> (bv. omdat hij door het foutieve gebruik van de informatie door de geheimplichtige een dergelijke licentievergoeding is misgelopen in de relatie met een geïnteresseerde derde partij). Het loutere bewijs dat een bepaald bedrag een redelijke licentievergoeding zou zijn voor een bepaalde technologie of binnen een bepaalde sector volstaat in dat opzicht niet. Zowel de winst die uit de inbreuk voortvloeit als de notie van de redelijke licentievergoeding zijn bijgevolg in eerste instantie slechts praktische hulpmiddelen bij de begroting van aangetoonde schade, zonder als dusdanig *ipso facto* afdoende bewijs te zijn voor het bestaan van schade<sup>1319</sup>. De rechter kan de schade van een contractuele wanprestatie wel *ex aequo et bono* bepalen indien hij het bestaan ervan vaststelt terwijl geen van de partijen hem een juiste berekeningswijze verschaft of kan verschaffen<sup>1320</sup>. Dit is een subsidiaire wijze van schaderaming die nog steeds tot doel

<sup>1316</sup> Het Belgische recht bevat wel *specifieke wettelijke bepalingen* die de rechter de mogelijkheid bieden om de winst uit een inbreuk op intellectuele rechten toe te kennen aan de benadeelde: artt. 2.21.4 en 3.17.4 Benelux-verdrag van Den Haag inzake de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen) van 25 februari 2005 (de instemmingswet dateert van 22 maart 2006, *BS* 26 april 2006) (de mogelijkheid geldt hier “naast of in plaats van een vordering tot schadevergoeding”); art. 122 WMPC (oud art. 21bis WHPC); art. 12quater, §2 Wet van 31 augustus 1998 houdende omzetting in Belgisch recht van de Europese richtlijn van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken, *BS* 14 november 1998; art. 86bis, §2 Wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten, *BS* 27 juli 1994; art. 13, §2 Wet van 10 januari 1990 betreffende de rechtsbescherming van topografieën van halfgeleiderprodukten *BS* 26 januari 1990; art. 52, §5 Wet van 28 maart 1984 op de uitvindingsoctrooien, *BS* 9 maart 1985; art. 36, §2 Wet van 20 mei 1975 tot bescherming van kweekprodukten, *BS* 5 september 1975 (deze bepalingen vereisen een kwade trouw in hoofde van de persoon die de inbreuk begaat en gebeuren “bij wijze van schadevergoeding” (zie voor een kritische analyse van de winstafgifte als vorm van schadevergoeding: J.G.A. LINSSEN, *Voordeelsafgifte en ongerechtvaardigde verrijking*, Den Haag, BJU, 2001, 308 *et seq.*)). Zie en vgl. art. 97, 1 *juncto* art. 94, 2 Verordening (EG) nr. 2100/94 van de Raad van 27 juli 1994 inzake het communautaire kwekersrecht, *Pb. L* 1 september 1994, afl. 227 (deze norm verwijst voor de mogelijkheid tot winstafdracht terug naar het nationale recht). Het TRIPS verdrag voorziet in een facultatieve mogelijkheid voor verdragstaten om winstafdracht toe te staan, desgevallend zelfs in afwezigheid van opzet in hoofde van de inbreukmakende partij (art 45, (2) TRIPS).

<sup>1317</sup> Artt. 2.21.2.b en 3.17.2.b Benelux-verdrag van Den Haag inzake de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen) van 25 februari 2005. De in voorgaande voetnoot aangehaalde nationale wettelijke bepalingen voorzien in een mogelijkheid voor de rechter om naar redelijkheid en billijkheid een forfaitair bedrag vast te stellen als schadevergoeding indien de omvang daarvan op geen andere manier kan worden vastgesteld. Er zijn geen bijkomende criteria voor de bepaling van deze forfaitaire vergoeding. De wetgever wenste de rechter namelijk een ruime appreciatiemarge toe te kennen. De Belgische rechter mag op basis van de in voorgaande voetnoot vermelde wettelijke bepalingen dan ook andere elementen in aanmerking nemen dan bijvoorbeeld de gangbare *royalty's* (cf. Wetsontwerpen I en II betreffende de aspecten van gerechtelijk recht van de bescherming van intellectuele eigendomsrechten, *Parl. St.* Kamer 2006-07, 51-2943/001 en 51-2944/001, 29-30).

<sup>1318</sup> Zie over deze problemen tevens Y. DARGIER DE SAINT VAULRY, 152 *et seq.*

<sup>1319</sup> Schade moet namelijk zeker zijn om in aanmerking te komen voor vergoeding: H. DE PAGE, 1934, II, 871, nr. 1020.

<sup>1320</sup> Cass. 20 september 2001, *Arr.Cass.* 2001, 1491. Het is namelijk niet omdat bepaalde schade moeilijk te begroten zou zijn, dat zij daarom niet zou bestaan (H. DE PAGE, 1934, II, 872, nr. 1020: “[...] il ne faut pas confondre dommage inexistant et dommage difficilement discernable ou chiffrable.

heeft om de geleden schade *in concreto* te bepalen. De rechter dient wegens het subsidiaire karakter te motiveren waarom hij zijn toevlucht neemt tot deze techniek.

Het Nederlandse gemeen privaatrecht kent wel een rechtsfiguur die verwant is met de *disgorgement*, meer bepaald de zogenaamde winstafdracht (of winstafgifte, of voordeelsafdracht). Artikel 6:104 NBW stelt dat de rechter de schadevergoeding van de benadeelde van een onrechtmatige daad of van een wanprestatie kan begroten op het gehele of gedeeltelijke bedrag van de uit die daad voortvloeiende winst. Deze abstracte vorm van schadebegroting heeft tot gevolg dat de benadeelde de omvang van zijn schade niet moet bewijzen. De toekenning ervan moet worden gevorderd en is een discretionaire beslissing van de rechter. Hij kan volgens de rechtspraak van de Hoge Raad echter *geen* gebruik maken van deze rechtsgrond indien hij vaststelt dat de benadeelde geen enkele schade heeft geleden<sup>1321</sup>.

In Duitsland past recente rechtspraak het stelsel van de zogenaamde *dreifache Schadensberechnung* (dat klassiek wordt toegepast voor industriële en intellectuele eigendomsrechten als subjectieve rechten) ook toe op de miskenning van bedrijfsgeheimen<sup>1322</sup>. Dit stelsel biedt de benadeelde de mogelijkheid om de schadevergoeding te bekomen via een vordering van de concrete schade (*konkrete Schaden*), een normale vergoeding (*Lizenzgebühr*<sup>1323</sup>), of een afgifte van de door de inbreuk verworven voordelen (*Gewinnherausgabe*<sup>1324</sup>)<sup>1325</sup>.

Het Zwitserse recht laat onrechtstreeks een winstafdracht toe voor gedragingen die voldoen aan de wettelijke bepalingen inzake de (oneigenlijke) zaakwaarneming (*gestion d'affaires*)<sup>1326</sup>. Artikel 423, eerste lid van de Zwitserse Code d'obligations stelt namelijk dat: "Lorsque la gestion n'a pas été entreprise dans l'intérêt du maître, celui-ci n'en a pas moins le droit de s'approprier les profits qui en résultent". Het gaat hierbij niet om een schadevergoeding in de strikte zin, maar om de overdracht van het door de zaakwaarneming bereikte voordeel. Deze bepaling is ook toepasbaar op de winst die

---

Ce dernier, nonobstant ce caractère est néanmoins certain. Ce n'est que pour son évaluation que la prudence s'impose").

<sup>1321</sup> Zie voor een analyse van dit wetsartikel en de rechtspraak van de Hoge Raad hierover o.m.: J.G.A. LINSSEN, *Voordeelsafgifte en ongerechtvaardigde verrijking*, 295 *et seq.* en 377 *et seq.* (deze auteur bestudeert tevens de redelijke gebruiksvergoeding als remedie: *Ibid.*, 394-398); J. VAN DUNNE, "Alternatieven bij het vorderen van milieuschade: inbreuk op eigendomsrecht en afdracht van verkregen voordeel van onrechtmatig handelen bij verontreiniging van rivieren, bijvoorbeeld" in *Liber amicorum Hubert Bocken*, Brugge, die Keure, 2009, (467) 481-482; J. SPIER, T. HARTLIEF, G.E. VAN MAANEN en R.D. VRIESENDORP, *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, Deventer, Kluwer, 2009, 249-250, nr. 210; E.-J. ZIPPRO, *Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht*, Deventer, Kluwer, 2009, 379 *et seq.*

<sup>1322</sup> T. HELMS, *Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, 53 en 228; J.G.A. LINSSEN, *Voordeelsafgifte en ongerechtvaardigde verrijking*, 609-610 (deze auteur haalt tevens Zwitserse rechtspraak aan (BG 19 maart 1919, *BGE* 45 II, 202-209) die stelt dat de geheimplichtige verplicht kan worden tot afgifte van het behaalde voordeel n.a.v. de miskenning van een contractuele geheimhoudingsplicht).

<sup>1323</sup> J.G.A. LINSSEN, *Voordeelsafgifte en ongerechtvaardigde verrijking*, 231 *et seq.*

<sup>1324</sup> Zie uitgebreid T. HELMS, *Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, 310 *et seq.*; J.G.A. LINSSEN, *Voordeelsafgifte en ongerechtvaardigde verrijking*, 242 *et seq.*

<sup>1325</sup> J.G.A. LINSSEN, *Voordeelsafgifte en ongerechtvaardigde verrijking*, 223-229 en 609-610 en 611-612.

<sup>1326</sup> Zie ook naar Duits recht: § 687, (2) *juncto* 684 BGB. Deze grondslag vereist echter het bewijs van kwade trouw in hoofde van de oneigenlijke zaakwaarnemer, hetgeen niet het geval is voor de hierboven aangehaalde mogelijkheid tot vordering van winstafdracht of een licentievergoeding als schadevergoeding.

voortvloeit uit de miskenning van intellectuele rechten<sup>1327</sup>. Het Belgische BW bevat geen gelijkaardige regeling (1372-1375 BW). Naar Belgisch recht kan namelijk geen sprake zijn van zaakwaarneming indien de doorslaggevende beweegreden het eigenbelang van de vermeende zaakwaarnemer is<sup>1328</sup>, wat dit in beginsel het geval is bij de miskenning van het geheime karakter van informatie of van intellectuele eigendomsrechten in de strikte zin. Bovendien kan een zaakwaarneming hoe dan ook niet in weerwil van een (legitiem) verbod van de begunstige plaatsvinden<sup>1329</sup> en dit verbod kan reeds worden geuit voordat de zaakwaarnemer zijn tussenkomst aanvangt. Beide vaststellingen sluiten de toepassing van de regels voor zaakwaarneming uit bij de miskenning van contractuele geheimhoudingsafspraken. Dergelijke afspraken hebben immers net tot doel om een verspreiding of gebruik van de informatie te verbieden voor andere dan de toegestane doeleinden en aan andere dan de toegestane personen. Ten slotte werd klassiek gesteld dat de tussenkomst een noodzakelijk karakter moet hebben omdat de begunstigde niet zelf kan optreden. De mogelijkheid om zonder moeite vooraf te communiceren met de vermeende begunstigde en om bijgevolg zo nodig in samenspraak maatregelen te treffen, sluit daarbij het noodzakelijke karakter van de tussenkomst uit<sup>1330</sup>. Een recentere strekking beschouwt de noodzakelijkheid echter niet meer als een constitutief element van de zaakwaarneming. Zij hanteert de vereiste dat de tussenkomst nut moet kunnen hebben voor de begunstigde (te beoordelen op het tijdstip van deze tussenkomst)<sup>1331</sup>.

Het herstel via de rechtsfiguur van de verrijking zonder oorzaak<sup>1332</sup> naar Belgisch recht is ten slotte geen equivalent van de *disgorgement*. Dit herstel blijft in het Belgische recht namelijk dubbel begrensd door de mate van verrijking van het ene

<sup>1327</sup> BGE 19 december 2005, 4C.337/2005, BGE 132 III 379 (m.b.t. een octrooi); BGE 16 maart 1971, BGE 97 II 169; BGE 27 juni 1972, BGE 98 II 325 (hierin wordt gesteld dat deze remedie niet cumuleerbaar is met een vordering tot schadevergoeding); R. SCHLOSSER, *Le contrat de savoir-faire: étude de droit suisse*, 117-118 (m.b.t. misbruik van *know how* die men verkrijgt tijdens onderhandelingen); C. MARADAN, "Violation de droits de propriété intellectuelle et détermination du préjudice: dommages-intérêts vs. remise du gain", *Jusletter* 20 augustus 2007, nrs. 19-27.

<sup>1328</sup> H. DE PAGE, II, 1934, 925, nr. 1074, B., 1°; *RPDB*, v° Quasi-contrat, 11, nrs. 35 en 36. Zie ook Cass. 6 januari 2005, *Arr. Cass.* 2005, 26; Cass. 12 novembre 1998, *Arr. Cass.* 1998, 1048.

<sup>1329</sup> H. DE PAGE, II, 1934, 924, nr. 1074, A., 2°. Zie ook *RPDB*, v° Quasi-contrat, 12, nr. 43.

<sup>1330</sup> H. DE PAGE, II, 1934, 925-927, nr. 1074, B., 2°; *RPDB*, v° Quasi-contrat, 10-11, nr. 31. Een louter nuttig karakter volstaat volgens deze strekking niet opdat de tussenkomst zou kwalificeren als een zaakwaarneming. De nuttigheid wordt wel als een bijkomende vereiste afgeleid uit de verplichting tot behoorlijke uitvoering van de zaakwaarneming voorzien in art. 1375 BW. Deze strekking kan zich beroepen op de zinsnede "totdat de eigenaar in staat is zelf daarin te voorzien" in artikel 1372 BW. Dit lijkt *a contrario* te impliceren dat de begunstigde bij de aanvang van de zaakwaarneming niet in staat is om zijn eigen belangen te behartigen ten aanzien van de zaak in kwestie (cf. V. SAGAERT, "Wat als het vermogen gaat schuiven? Casuïstiek rond zaakwaarneming, onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking" in *Themis. Vormingsonderdeel 41*, Brugge, die Keure, 2007, (71) 76). Een alternatieve interpretatie van deze zinsnede is weliswaar dat de zaakwaarnemer zijn aangevatte tussenkomst (die per hypothese niet onmisbaar, maar wel potentieel nuttig is) niet abrupt mag stopzetten, met andere woorden zonder dat de begunstigde of diens erfgenaam (cf. 1373 BW) de kans zou hebben om de aangevatte belangenbehartiging over te nemen.

<sup>1331</sup> Vred. Fontaine-l'Évêque 4 september 2008, *JLMB* 2009, 610, noot P. WERY. Deze strekking is gesteund op een *a contrario* interpretatie van Cass. 12 november 1998, *Arr. Cass.* 1998, 1048 ("que le bénéfice de la gestion d'affaires [...] peut être accordé à quiconque a volontairement agi dans l'intérêt d'un tiers, lorsque son intervention a pu, au moment où elle a eu lieu, présenter une utilité pour celui-ci"). Dit cassatiearrest maakt geen melding van de eventuele noodzakelijkheid van de zaakwaarneming. Er dient wel op te worden gewezen dat geen bijzondere betwisting leek te rijzen over het al dan niet noodzakelijke karakter van de tussenkomst. Zie voor een bespreking van deze visie o.m. E. BEYSEN, *Zaakwaarneming* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2006, 94, nr. 210 *et seq.*

<sup>1332</sup> Dit is een algemeen rechtsbeginsel: Cass. 7 september 2001, *Arr. Cass.* 2001, 1395.

vermogen en de mate van verarming van het andere vermogen (m.a.w. tot de vermogensverschuiving met de geringste omvang, alleen dit bedrag is immers gemeenschappelijk aan beide vermogensverschuivingen)<sup>1333</sup>. Een voordeel van deze rechtsfiguur op de specifieke Belgische wettelijke bepalingen die een winstaftocht toestaan is wel dat een beroep op de verrijking zonder oorzaak geen bewijs van kwade trouw in hoofde van de dader vereist.

**369. Herstel via verrijking zonder oorzaak?** Een rechtsherstel op basis van de verrijking zonder oorzaak (*actio de in rem verso*) is geen realistische optie bij een contractuele geheimhoudingsplicht. Deze rechtsfiguur vereist een verarming van een vermogen, de verrijking van een ander vermogen en een causaal verband tussen beide. Deze vermogensverschuiving mag bovendien geen geldige oorzaak hebben en de verarmde mag geen andere remedies ter beschikking hebben. De eerste drie vereisten kunnen vervuld zijn: de verspreiding van geheime informatie verarmt de meester van het geheim (die bv. de ontwikkelingskosten kan gedragen hebben en die alleszins zijn feitelijk monopolie op de informatie verliest), men stuit hier echter weer op de moeilijkheid om de precieze omvang van de verarming te bewijzen. Het verrijkt ook de persoon die er kennis van neemt (die bv. geen enkele ontwikkelingskost hoeft te dragen – ook hier rijst weer het bewijsprobleem van de omvang) en de vermogensverschuivingen zijn aan elkaar gerelateerd (het ene vermogen neemt toe omdat het andere vermogen afneemt). De voorwaarde van het gebrek aan geldige oorzaak van de verrijking resp. verarming is echter moeilijker te vervullen. Zo wordt de kennisname of het gebruik van publiek beschikbare informatie<sup>1334</sup> of van geheime informatie door een derde te goeder trouw geschraagd door het principe dat informatie vrij is behoudens beperkingen door de wetgever in de vorm van intellectuele rechten of van het aansprakelijkheidsrecht. De vermogensverschuiving mag (onder meer<sup>1335</sup>) haar oorzaak niet vinden in een contractueel beding<sup>1336</sup>. Bovendien zal het subsidiaire

<sup>1333</sup> H. DE PAGE, III, 1967, 60-62, nr. 47; zie ook over deze rechtsfiguur: V. SAGAERT, “Wat als het vermogen gaat schuiven? Casuïstiek rond zaakwaarneming, onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking”, (71) 88-93.

<sup>1334</sup> R. FABRE, 161 (“Or si un savoir faire est tombé dans le domaine public, il est d’un libre accès, tant intellectuel qu’industriel. L’enrichissement que procure, en conséquence, son exploitation, a donc une cause légitime”); Y. DARGIER DE SAINT VAULRY, 165-166 (het hof van beroep te Parijs van 8 november 1963 stelde een verrijking zonder oorzaak vast n.a.v. het gebruik van een onafhankelijke uitvinding van een werknemer door zijn werkgever, het stelde echter tevens vast dat de uitvinder geen enkel recht kon laten gelden op zijn uitvinding. De auteur bekritiseert deze beslissing omdat “parmi les conditions traditionnelles d’exercice de l’action de in rem verso, figure l’absence de cause juridique justifiant le déplacement de la valeur. Or, si l’on affirme que l’inventeur non-breveté n’a aucun droit sur son invention, cela sous-entend nécessairement que chacun est libre de l’utiliser. Il devrait s’ensuivre que cette liberté constitue la cause juridique de l’enrichissement” en nuanceert vervolgens terecht: “Nous pensons qu’il n’est pas tout à fait exact de dire que l’inventeur n’a aucun droit de propriété sur son invention. Mais lorsque cette invention a perdu son caractère secret d’une manière non frauduleuse et qu’elle n’est pas brevetée, les tiers qui en ont connaissance en deviennent également propriétaires et peuvent donc l’utiliser librement : il n’y a donc pas enrichissement sans cause”). Zie anders: A. LUCAS, 265-266, nr. 411 (“[...] il ne serait pas absurde de soutenir que chacun a le droit de tirer profit d’une création industrielle abstraite non protégée, mais que l’enrichissement qui en résulte peut être un enrichissement sans cause et que l’enrichi doit alors une indemnité à l’appauvri”).

<sup>1335</sup> De oorzaak mag in het algemeen niet liggen in de wil van de verarmde: Cass. 19 januari 2009, *Pas.* 2009, 153.

<sup>1336</sup> Brussel 30 december 1977, *RGAR* 1979, nr. 10063, noot R. DALCQ; Kh. Hasselt 7 mei 2008, *RABG* 2008, 1247; H. DE PAGE, III, 1967, 50-53, nr. 40 C. Zie voor Frankrijk: F. DREIFUSS-NETTER, “Droit

karakter<sup>1337</sup> van deze rechtsgrond het beroep erop uitsluiten indien de partijen een geheimhoudingsovereenkomst hebben gesloten. De verarmde partij dient de vermogensverschuiving die voortvloeit uit een miskenning van de geheimhoudingsafspraken aan te vechten op basis van de contractuele aansprakelijkheidsregels. In een buitencontractuele context mag de vermogensverschuiving niet te wijten zijn aan een onrechtmatige daad<sup>1338</sup>.

#### 4. Besluit

##### **370. Eerste aspect van de bepaling van het voorwerp: de geheim te houden zaak.**

In dit hoofdstuk kwam het voorwerp van de geheimhoudingsplicht aan bod. De geheimhoudingsplicht werd in een eerste fase getoetst aan de algemene geldigheidsvereisten van het voorwerp. Hierbij werd vastgesteld dat de grondrechten van de medecontractant en de openbare orde grenzen stellen aan de inhoud van de geheimhoudingsplicht. Het zogenaamde *whistleblowing* kan legitiem zijn op basis van deze grondslagen. Vervolgens werd vastgesteld dat de geoorloofdheid van de geheimhoudingsplicht niet dient te worden getoetst aan de voorwaarden die gelden voor de niet-concurrentieplicht. Een dergelijke toetsing zou de effectiviteit van de geheimhoudingsplicht in het gedrang brengen omdat deze verplichting moeilijk te verenigen is met de geldigheidsvereisten van de niet-concurrentieplicht (in het bijzonder de beperking tot een welbepaald territorium en tot een welbepaalde activiteit). Een geheimhoudingsplicht beperkt de vrijheid van de schuldenaar in beginsel bovendien op minder verregaande wijze dan een niet-concurrentieplicht, zodat een toetsing aan deze restrictieve geldigheidsvereisten zich ook niet opdringt. Een geheimhoudingsplicht die bestemd is om voort te duren na de verdwijning van het geheime karakter van de informatie moet vanaf dat moment wel voldoen aan de geldigheidsvereisten van het niet-concurrentiebeding. Wat de bestaanbaarheid van het

---

de la concurrence et droit commun des obligations”, *RTD Civ.* 1990, (369) bij voetnoot 126 (“L’enrichissement sans cause a été invoqué à propos des contrats de franchise notamment quand il existe une clause de non-concurrence à l’encontre du franchisé, de sorte que la clientèle qu’il a développée profite exclusivement à la marque et donc au franchiseur. Mais la conception du droit commun de la cause est, nous l’avons vu, abstraite; l’enrichissement du franchiseur a pour cause la clause de non-concurrence”). Het gegeven voorbeeld heeft betrekking op de hypothese waarin de franchisegever zich (via het niet-concurrentiebeding) verrijkt ten nadele van de franchiseemer. Deze laatste heeft het cliënteel bewerkt tijdens de duur van de franchiseovereenkomst en ziet zijn inspanningen nadien door het niet-concurrentiebeding ten goede komen van de franchisegever. Bij geheimhoudingsovereenkomsten kan de meester van het geheim bijvoorbeeld geen ongerechtvaardigde vermogensverschuiving aanvoeren na afloop van een geheimhoudingsplicht van een bepaalde duur van bijvoorbeeld vijf jaar, ook al is de informatie nog steeds geheim na de uitdoving van deze tijdsbepaling en had de meester van het geheim dus een langere duur kunnen stipuleren. Het feit dat de partijen een bepaalde duur zijn overeengekomen, rechtvaardigt deze vermogensverschuiving. Bij geheimhoudingsovereenkomsten is het overigens in beginsel de meester van het geheim die de inspanningen levert voor de ontwikkeling van de informatie en die deze inspanningen wenst te beschermen tegen mogelijk vrijbuiterschap van zijn geheimplichtige medecontractant. De eventuele vermogensverschuiving in geval van een wanprestatie van de geheimplichtige botst echter op de subsidiariteit van de verrijking zonder oorzaak naar Belgisch recht.

<sup>1337</sup> Cass. 25 maart 1994, *Arr. Cass.* 1994, 307; Bergen 9 juni 2009, *Amén.* 2009, 303 (weergave); H. DE PAGE, III, 1967, 41, nr. 33 B.

<sup>1338</sup> R. PASCARIELLO, “De actio de in rem verso bij de indirecte verrijking” (noot onder Gent 24 september 1997), *AJT* 1998-99, (63) 63.



voorwerp betreft, werd vastgesteld dat het voorwerp mogelijk moet zijn en dat de partijen bij een wederkerige overeenkomst reële prestaties moeten leveren. De geheimhoudingsplicht moet vervolgens een bepaald of bepaalbaar voorwerp hebben. De definiëring van het voorwerp kan op een positieve wijze gebeuren op basis van een limitatieve opsomming of omschrijving of kan worden bepaald op basis van de doelstelling van de basisverhouding, de identificatie van specifieke informatiedragers, de locatie van de informatieoverdracht of de betrokkenen bij de informatieoverdracht of het tijdstip van de informatieoverdracht. De meester van het geheim kan tevens een bevoegdheid tot partijbeslissing stipuleren. De definitie kan ook op negatieve wijze worden omschreven. Zij spitst zich dan toe op de informatie die is uitgezonderd van een geheimhoudingsplicht met algemeen toepassingsgebied. De uitzonderingen kunnen onder meer gelden voor de informatie waarvan de geheimplichtige reeds vóór de informatieverstrekking op de hoogte was, informatie waarvan de geheimplichtige na de informatieverstrekking op onafhankelijke en legitieme wijze in het bezit is gekomen via derden of een eigen ontwikkeling, informatie die publiek beschikbaar wordt of zogenaamde residuele informatie na afloop van de basisverhouding waarvoor de geheimhoudingsovereenkomst is aangegaan.

**371. Tweede aspect van de bepaling van het voorwerp: de te leveren prestatie ten aanzien van de zaak.** In een tweede fase wordt overgegaan tot een onderzoek naar de prestatie die moet worden geleverd ten aanzien van de geheime informatie. De geheimhoudingsplicht bestaat in de eerste plaats uit een verspreidingsverbod. Dit verbod kan worden opgesplitst in een onthoudingsplicht en een beveiligingsplicht. Een tweede component is het gebruiksverbod. Dit verbiedt de geheimplichtige om de informatie te exploiteren voor eigen rekening. Het kan onder meer bestaan uit een octrooiverbod, een *standstill*-verplichting en een afwervingsverbod. Uitzonderingen op deze verboden zijn onder meer de specifieke toelating van de meester van het geheim, de mededeling van de informatie in gerechtelijke procedures of overheidsorganen (in beginsel slechts de verplichte mededeling, desgevallend ook de facultatieve indien dit contractueel bedongen is). De informatie kan bovendien worden verspreid of gebruikt in het licht van de toegestane doelstellingen en worden doorgegeven aan de toegestane personen. In deze fase worden tevens de bijzondere verschijningsvormen van het verspreidings- en gebruiksverbod belicht, zijnde de *announcement clause*, de *garden leave clause* en de discretieplicht. Vervolgens wordt ingegaan op de accessoire verplichtingen bij de geheimhoudingsplicht, meer bepaald de controlerechten en de zogenaamde “no further rights” clausules. Ten slotte wordt onderzocht of en hoe de meester van het geheim rechtsherstel kan verkrijgen bij een inbreuk op de geheimhoudingsplicht. Uit dit onderzoek blijkt dat het bewijs van een fout in de uitvoering van de geheimhoudingsplicht vaak moeilijk te bewijzen is. Bovendien blijkt de inbreuk moeilijk in natura te herstellen nadat zij daadwerkelijk heeft plaatsgevonden. Ook de schade die de meester van het geheim moet ondergaan is bij gebrek aan schadebeding moeilijk te ramen. Deze laatste vaststelling blijkt minder problematisch te zijn in de *common law* rechtssstelsels van Engeland en de Verenigde Staten. Deze rechtssstelsels kennen de rechtsfiguur *disgorgement* die de meester van het geheim toelaat om het voordeel dat de schuldenaar uit zijn inbreuk haalt op te eisen als rechtsherstel.

**372. Preventie en remediëring van wanprestaties.** De effectiviteit van geheimhoudingsovereenkomsten vereist niet alleen dat zij voldoen aan de wettelijke vereisten voor de geldigheid van het voorwerp, maar ook dat de meester van het geheim de nodige instrumenten heeft om inbreuken op de geheimhoudingsplicht te voorkomen of te remediëren. Het is in de praktijk echter geen sinecure om een toerekenbare inbreuk in hoofde van de geheimplichtige aan te tonen. De meester van het geheim heeft bij wanprestatie de keuze tussen hetzij de uitvoering in natura, hetzij de ontbinding. In de praktijk kan een uitvoering of herstel in natura van het verspreidingsverbod echter moeilijk worden verkregen wegens het onherstelbare karakter van een voldoende ruime verspreiding. Een beperkte verspreiding of een inbreuk op het gebruiksverbod kunnen wel nog in natura worden geremedieerd. De kortgedingrechter is in elk geval ook bevoegd om voorlopige maatregelen te nemen ten aanzien van verbintenissen om iets niet te doen. Het herstel via schadevergoeding is dan weer problematisch omdat ook de precieze schade van de inbreuk vaak moeilijk te bewijzen is. Het is in ons recht, in tegenstelling tot de bestudeerde *common law* rechtsstelsels, bovendien (behoudens andersluidende wettelijke regel) niet mogelijk om de voordelen die de medecontractant haalde uit haar inbreuk in te palmen zonder bewijs van een causaal verband met de eigen schade. Wat de ontbinding betreft, zal een teruggave in natura van de informatieverstrekking vaak geen volwaardige restitutie opleveren omdat dit de partijen niet zal terugplaatsen in de situatie alsof de overeenkomst niet was gesloten. De restitutie dient in dat geval minstens gedeeltelijk te gebeuren in de vorm van een geldelijke vergoeding. De verrijking zonder oorzaak biedt evenmin soelaas voor de miskenning van een contractuele geheimhoudingsplicht. Deze rechtsfiguur heeft naar Belgisch recht een subsidiair karakter en kan dus alleen worden ingeroepen indien de verarmde partij geen andere rechtsmiddelen ter beschikking heeft.

## V. DUURZAAMHEID VAN DE GEHEIMHOUDINGSPLICHT

### DEEL I: DUUR

#### 1. Inleiding

#### **373. Klassieke visie: classificering van overeenkomsten op basis van hun duur.**

Het Burgerlijk wetboek bevat geen systematische regeling voor overeenkomsten op basis van hun duur<sup>1339</sup>. Dit heeft geleid tot talrijke inspanningen in de rechtsleer om de impact van de tijd op het contractuele gebeuren te categoriseren<sup>1340</sup>. Het onderscheid tussen de aflopende en de duurovereenkomsten is daarbij het meest ingeburgerd<sup>1341</sup>. Bij *aflopende overeenkomsten* gebeurt de uitvoering van de overeengekomen prestatie onmiddellijk<sup>1342</sup> in de zin dat de prestatie wordt vervuld door het stellen van één of enkele specifieke uitvoeringshandelingen<sup>1343</sup>. De tijd speelt hooguit een praktische rol bij het leveren van de prestatie. Zo vereist de praktische uitvoering van verbintenissen om iets (niet) te doen of te geven steeds enig tijdsverloop en kan de uitvoering van een aflopende overeenkomst worden uitgesteld door een opschortende termijn. Dit tijdsverloop heeft echter niet tot doel om de omvang van de prestatie af te bakenen. De tijd is niet meer dan een middel voor het bereiken van de werkelijke doelstelling van de overeenkomst, zijnde het resultaat van de uitvoeringshandelingen. Voor de categorie van de *duurovereenkomsten* is het tijdsverloop daarentegen een essentieel gegeven voor de uitvoering van de overeenkomst<sup>1344</sup>. Hierbij is sprake van een

<sup>1339</sup> O.m. S. LE GAC-PECH, "Rompre son contrat", *RTD Civ.* 2005, (223) nr. 27.

<sup>1340</sup> Zie uitgebreid A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *La pérennité contractuelle* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 2005, 661p. en C. CORGAS-BERNARD, *La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée*, thesis Universiteit Lille II, 2004, 24-28, nr. 27-30 en de verwijzingen bij deze auteurs.

<sup>1341</sup> Zie F. GLANSDORFF, "La définition et les caractéristiques du contrat à prestations successives" in *La vie du contrat à prestations successives*, Brussel, Vlaams Pleitgenootschap bij de Balie te Brussel, 1991, 15-38; kritisch: I. PETEL, *Les durées d'efficacité du contrat*, thesis universiteit Montpellier I, 1984, 11, nr. 13.

<sup>1342</sup> Kritisch: A. SERIAUX, "Le futur contractuel" in *Le droit et le futur*, PUF, Parijs, 1985, 77-78; J. ROCHFELD, "Les modes temporels d'exécution du contrat", *RDC* 2004, (47), nr. 10 (deze auteur stelt een nieuw criterium voor, namelijk de (on)deelbaarheid van de uitvoering van de overeenkomst); C. CORGAS-BERNARD, *La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée*, Thesis Lille II, 2004, 25, nr. 28. G.J.P. DE VRIES, *Opzegging van obligatoire overeenkomsten*, Zwolle, Tjeenk Willink 1990, 250. Deze auteurs merken op dat ook de uitvoering van zogenaamd onmiddellijk aflopende overeenkomsten in werkelijkheid enig tijdsverloop impliceert.

<sup>1343</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil*, IV, *Les obligations*, 271, nr. 138 ("les obligations sont susceptibles d'être exécutées par des prestations uniques, non répétées, encore que l'accomplissement de ces prestations soit quelquefois différé par un terme").

<sup>1344</sup> Th. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, Brussel, Bruylant, 1984, 19, nr. 11. Duitsland: N. HORN, "Vertragsdauer" in *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Keulen, Bundesanzeiger, 1981, I, 559 en 561 ("ein Dauerschuldverhältnis liegt vor wenn eine vertragliche Leistung während eines (befristeten oder unbefristeten) Zeitraums ständig erbracht werden soll, so dass im Zeitablauf ständig neue Leistungspflichten entstehen und einzelne Erfüllungshandlungen die Schuld nicht gänzlich tilgen, solange das Schuldverhältnis besteht. [...] Es gibt bei diesen Verträgen nicht nur Zeitbestimmungen zur Festlegung von Leistungsmodalitäten; vielmehr ist die Zeitdimension ein konstitutives Element der Leistung selbst"). H. OETKER, *Das Dauerschuldverhältnis und Seine Beendigung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1994, 135 ("Es signalisiert, dass die vertragstypische Hauptleistung nicht auf die Herbeiführung gedanklich abgrenzbarer einzelner Leistungserfolge ausgerichtet ist, sondern dass für die Festlegung des Leistungsumfanges die Dauer des Vertrages eine begriffskonstitutive Funktion einnimmt. Ein Dauerschuldvertrag liegt demnach vor, wenn

verplichting om de aangegane verbintenis continu uit te voeren (bv. een verbintenis om niet op een bepaald stuk grond te bouwen). De uitgestrektheid van de uitvoeringshandeling in de tijd wordt een onderdeel van de te leveren prestatie en is dus een doel op zich<sup>1345</sup>. Een derde categorie is de gefractioneerd uitgevoerde overeenkomst. Dit is een hybride overeenkomst waarbij een aflopende prestatie periodiek moet worden herhaald (bv. de maandelijks storting van een geldsom).

**374. Moderne visie: de duur is te beoordelen op basis van de *individuele contractuele bestanddelen en contractuele rechtsgevolgen*.** De reflex om de overeenkomst als een monolithisch blok te behandelen voor de vaststelling van de duur lijkt ingegeven door de neiging om de overeenkomst te vereenzelvigen met haar rechtsgevolgen<sup>1346</sup>. Zo wordt de kwalificatie van overeenkomsten als een aflopende overeenkomst of een duurovereenkomst doorgaans gebaseerd op haar kenmerkende verbintenis<sup>1347</sup>. De overeenkomst hoeft echter niet bestemd te zijn om als één geheel te worden aangevat of uit te doven. Zij kan meerdere kenmerkende prestaties bevatten. Daarnaast kunnen ook andere, niet-kenmerkende prestaties deel uitmaken van de overeenkomst. De bestempeling van een gehele overeenkomst als, bijvoorbeeld, “aflopend” enkel en alleen omdat één van haar onderdelen dit karakter heeft, gaat voorbij aan de contractuele realiteit. Dat een bepaald onderdeel van de overeenkomst een aflopend karakter heeft, sluit niet uit dat andere onderdelen een voortdurend karakter kunnen hebben (waarvan de duur nog niet noodzakelijk bepaald is en bovendien onderling kan verschillen). Dit is bijvoorbeeld het geval indien een geheimhoudingsbeding wordt opgenomen in een koopovereenkomst. De realisatie van de kenmerkende prestatie doet de geheimhoudingsplicht of andere verplichtingen, zoals de vrijwaringsplicht voor uitwinning of de verplichting om te arbitreran, niet verdwijnen<sup>1348</sup>. De naleving van deze accessoire verplichtingen blijft kaderen in de uitvoering van de overeenkomst, ondanks de koppeling van de duur aan de kenmerkende prestatie. Een overeenkomst kan bovendien zowel verbintenissen van onbepaalde duur (bv. een concessie voor onbepaalde duur) als van bepaalde duur (bv. een niet-concurrentieplicht van vijf jaar na afloop van de concessie) bevatten.

In werkelijkheid kan men bijgevolg niet spreken van de duur van “de” overeenkomst. De duur moet worden beoordeeld op het niveau van de verschillende contractuele bestanddelen (d.i. het tijdsvak waarin grondslagen voor de rechtscheppende functie van de overeenkomst actief blijven) en de contractuele rechtsgevolgen die zij

---

der Umfang der geschuldeten vertragstypischen Hauptleistung ausschliesslich mit Hilfe der Zeit quantifizierbar ist”). Frankrijk: J. GHESTIN, 188, nr. 149.

<sup>1345</sup> I. PETEL, 18-20, nr. 23-27 (“L’obligation [waarbij het tijdsverloop een doel op zich is] a été conçue en vue d’une période de temps, pour procurer un avantage pendant ce temps. Dans cette période s’inscrit la satisfaction du créancier”).

<sup>1346</sup> Cf. de vaststellingen bij H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, *Les obligations*, Brussel, Bruylant, 1967, 87-89, nr. 66.

<sup>1347</sup> I. PETEL, 324, nr. 302; J. GHESTIN, C. JAMIN en M. BILLIAU, *Les effets du contrat* in *Traité de droit civil*, Parijs, LGDJ, 2001, 184, nr. 148; C. CORGAS-BERNARD, *La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée*, 25, nr. 28.

<sup>1348</sup> Ch. LE STANC, “Existe-t-il une responsabilité postcontractuelle”, *JCP* 1978, II, 12735, nr. 2 en 15.

beogen<sup>1349</sup>. Wat de contractuele effecten betreft, gaat het in de eerste plaats over de duur van de verbintenissen die voortvloeien uit de overeenkomst. Dit mag niet uit het oog doen verliezen dat overeenkomsten ook kunnen leiden tot andere bindende effecten zoals wilsrechten<sup>1350</sup>. Dit zijn rechten waarbij één van de partijen de bevoegdheid heeft om de rechten en plichten in zijn verhouding met de medecontractant eenzijdig te bepalen binnen de grenzen van het toegekende recht. De uitoefening van deze rechten is vatbaar voor beperking in de tijd. Zij kunnen worden opgeschort gedurende of verdwijnen na een bepaalde periode.

**375. Geheimhoudingsplichten resulteren in duurverbintenissen.** Een geheimhoudingsplicht kan geen aflopende verbintenis zijn. De bestaansreden van een contractuele geheimhoudingsplicht ligt in het houvast die zij biedt bij de bewaring van het geheime karakter van de informatie op langere termijn. De uitvoering van geheimhoudingsplichten strekt zich daardoor per definitie uit in de tijd. De schuldenaar van de geheimhoudingsplicht is niet in staat om één of enkele specifieke

---

<sup>1349</sup> Dit laatste is de door Petel ontwikkelde invalshoek (zie uitgebreid I. PETEL, 15-20, nr. 15-27, 36, nr. 33, 118, nr. 111, 211, nr. 198; 243, nr. 221 *et seq.*; 392, nr. 364; 460, nr. 427; 466, nr. 434; 538, nr. 501; 540, nr. 503; 564, nr. 527; 705-706, nr. 667; 708, nr. 668 en 728, nr. 685). Tevens naar Frans recht: J. GHESTIN, C. JAMIN en M. BILLIAU, 2001, 183-186, nr. 148 (deze auteurs aanvaarden dat verschillende bestanddelen van de overeenkomst een eigen duur kunnen hebben, maar bekritiseren de stelling dat de analyse van de duur zich uitsluitend zou moeten toespitsen op individuele verbintenissen. Zij besluiten dat “la durée d’exécution du contrat reste en définitive essentielle” – deze *durée d’exécution* is gekoppeld aan de tijd die nodig is om de kenmerkende prestaties uit te voeren); C. CASEAU-ROCHE, *Les obligations postcontractuelles*, thesis Universiteit Parijs I, 2001, 173-177, nr. 201-208; F. TERRE, Ph. SIMLER en Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Parijs, Dalloz, 2005, 1145, nr. 1199; M. NOSSEREAU, “Le terme, modalité de l’obligation”, *Dr. & Pat.* 2000, (50) 50 en 53-54; zie tevens F. BUJOLI, *La durée du contrat*, thesis Universiteit Nice-Sophia Antipolis, 2007, 9, nr. 22; J.M. MOUSSERON, P. MOUSSERON, J. RAYNARD en J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Levallois, Editions Francis Lefebvre, 2005, 217, nr. 506; C. BLOUD-REY, *Le terme dans le contrat*, thesis Universiteit Aix-Marseille, 2002, 226-234, nrs. 251-264; A. ETIENNEY, *La durée de la prestation in Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 2008, 104, nr. 151; *contra* L. LAWSON-BODY, “Réflexions sur la distinction entre le terme extinctif et le terme suspensif”, *Petites Affiches* 2002, (3) nrs. 9, 15, 19-20, 24 en 39 (deze auteur stelt dat de uitdovende termijn wel degelijk betrekking heeft op de overeenkomst als dusdanig). Zie voor Nederland: G.J.P. DE VRIES, *Opzegging van obligatoire overeenkomsten*, Zwolle, Tjeenk Willink 1990, 248-257 (met verwijzing naar de Duitse notie *Dauerschuldverhältnis*). Deze auteur neemt eveneens de verbintenis als invalshoek voor het onderscheid tussen de aflopende en de duurrelatie. Hij beperkt de noties duurovereenkomst en – verbintenis echter tot die waarbij de omvang van de te leveren prestatie ‘toeneemt door het tijdsverloop’. Dit sluit de prestaties uit waarvan de omvang niet toeneemt door het tijdsverloop, ook al vervult het tijdsverloop niettemin een essentiële rol voor hun uitvoering. Geheimhoudingsovereenkomsten van een bepaalde duur zijn in deze visie geen duurovereenkomst aangezien de eigenlijke prestatie, het geheimhouden, vaststaat en niet meer kan toenemen door het tijdsverloop. Voor België: M.E. STORME, “Het contractbegrip op diëet?”, *TPR* 2008, 310, nr. 6; vgl. L. CORNELIS, “De schorsing van verbintenissen”, *TPR* 2008, (467) 483-484, nr. 26.

<sup>1350</sup> Cf. Frankrijk: C. BLOUD-REY, 149, nr. 159; S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, thesis Universiteit Aix-Marseille, 1999, 361-364, nrs. 634-641. België: E. TERRY, *Bedenktijden in het consumentenrecht: het herroepingsrecht als instrument van consumentenbescherming*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 317, nr. 545; C. CAUFFMAN, *De verbindende eenzijdige belofte*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 426, nr. 666; zie bv. over de uitoefening van een proefbeding: P. HORION, “Terme et clause d’essai”, *TSR* 1958, (121) 121 (“Le contrat ne prendra fin par suite de la clause d’essai que si une des parties prend l’initiative de résilier. Ce n’est que dans un sens bien spécial qu’il est exact de dire que la date terminale de la période d’essai est un terme extinctif. Elle n’est pas le terme extinctif du contrat, elle est le terme extinctif de la faculté de résilier le contrat”).

uitvoeringshandelingen te stellen die leiden tot de uitdoving van zijn geheimhoudingsplicht. Hij moet zijn verbintenis op *voortdurende wijze* respecteren tot het verstrijken van de overeengekomen termijn. Zowel de omvang als de waarde van de prestatie zijn hierdoor onlosmakelijk verbonden met het tijdsverloop: hoe langer de geheimhoudingsplicht duurt, des te belastender zij is voor de geheimplichtige en des te waardevoller zij is voor de meester van het geheim. De duur van de verspreidings- en gebruiksrechten is dan weer in het voordeel van de geheimplichtige en in het nadeel van de meester van het geheim.

**376. Analyse van de duurzaamheid van de bescherming.** Eens vastgesteld dat bepaalde verbintenissen bestemd zijn om voortdurend te worden uitgevoerd, rijst de vraag naar de vereiste duurzaamheid van deze verbintenissen. De effectieve bescherming van vertrouwelijke informatie vereist dat de geheimhoudingsplicht een duurzaam karakter heeft aangezien zelfs een tijdelijke niet-uitvoering volstaat om elk toekomstig nut aan de overeenkomst te ontnemen voor de informatieverstrekker. Het in de tijd uitgestrekte karakter van de duurovereenkomst of -verbintenis vertaalt zich echter niet noodzakelijk in een duurzame, laat staan eeuwigdurende, bescherming van de vertrouwelijke informatie. In wat volgt wordt daarom onderzocht hoe de geheimhoudingsplicht wordt bepaald in functie van de tijd, wat de duurzaamheid van de geheimhoudingsafspraken doorheen de tijd precies inhoudt en in hoeverre deze duurzaamheid kan worden nagestreefd of versterkt.

## 2. Parameters voor de aflijning van geheimhoudingsafspraken in de tijd

**377.** Twee parameters zijn te onderscheiden voor de aflijning van geheimhoudingsafspraken in de tijd: enerzijds *het tijdstip van de informatieverstrekking resp. het tijdvak voor de informatieverstrekking*<sup>1351</sup> en anderzijds *de duur van de geheimhoudingsplicht*.

### 2.1 Tijdstip of tijdvak voor de informatieverstrekking (het *disclosure window*)

**378.** De eerste parameter bepaalt het *tijdstip waarop* resp. de *periode waarin* de informatieverstrekking moet plaatsvinden opdat zij gedekt zou zijn door de geheimhoudingsplicht. Deze parameter bakent het materiële toepassingsgebied van de geheimhoudingsplicht af. Zij laat toe om na te gaan of een geheimhoudingsplicht voorhanden is ten aanzien van specifieke informatie. Dit is het geval indien de informatie voldoet aan de contractuele definitie van vertrouwelijkheid (*supra* randnr. 250) *en* werd meegedeeld op een gepast tijdstip. De duur van de geheimhoudingsplicht die op basis van deze mededeling ontstaat, is in deze context nog niet aan de orde (*infra* randnr. 382). De aanwezigheid van een tijdstip of tijdvak voor de informatieverstrekking impliceert niet dat elke informatieverstrekking die op het gepaste moment plaatsvindt daardoor *ipso facto* onderworpen is aan een geheimhoudingsplicht. De informatie moet daarnaast steeds voldoen aan de constitutieve elementen van het geheime karakter.

---

<sup>1351</sup> L.C. HOFMANN en S. N. VAN OPSTALL, *Het Nederlands Verbintenissenrecht*, I, Groningen, Tjeenk Willink, 1976, 407.

**379. Een of meerdere vast(e) tijdstip(pen) voor de informatieverstrekking.** Bij een éénmalige informatieverstrekking wordt overeengekomen om de vertrouwelijke informatie op een welbepaald tijdstip mee te delen. Dit vereist dat het moment van de éénmalige mededeling bepaald of bepaalbaar is<sup>1352</sup>. In dat geval, kan alleen twijfel rijzen over de vraag of de informatie voldoet aan de contractuele definitie van de geheime informatie of over de eigenlijke duur van de geheimhoudingsplicht en niet over de vraag welke informatieverstrekkingsen al dan niet onderworpen zijn aan een geheimhoudingsplicht. De relatie tussen de partijen kan tevens vereisen dat vertrouwelijke informatie op meerdere tijdstippen wordt meegedeeld. De contractspartijen kunnen daarvoor vaste tijdstippen overeenkomen. Deze afspraken zijn door hun welomlijnde karakter zelden vrijblijvend. De informatieverstrekker verbindt zich ertoe om de informatie waarover hij beschikt mee te delen of minstens tot het leveren van de nodige inspanningen om de informatie te ontwikkelen en vervolgens mee te delen op een bepaald tijdstip. Ook hier is het in beginsel duidelijk dat de afgesproken informatieverstrekkingsen gekoppeld zijn aan een geheimhoudingsplicht.

**380. Tijdvak voor de informatieverstrekking (*disclosure window*).** De contractuele verhouding tussen de partijen laat niet steeds toe om precieze tijdstippen uit te stippelen voor de informatieoverdracht. Het is vaak onmogelijk om nauwkeurig te voorspellen *hoeveel* informatieverstrekkingsen zullen plaatsvinden en *wanneer* zij zullen gebeuren. Zo kan een licentiegever die zich ten aanzien van zijn licentienemers verbindt om tijdens de duur van de licentieovereenkomst ontwikkelde verbeteringen aan zijn geheime procédés mee te delen moeilijk op voorhand inschatten of en wanneer verbeteringen beschikbaar zullen zijn. Bij onderhandelingen is het dan weer onzeker of en in welke mate de contractspartijen elkaar vertrouwelijke informatie zullen wensen toe te vertrouwen. Deze onzekerheid wordt geremedieerd door een tijdvak, een zogenaamde '*disclosure period*', te voorzien waarbinnen de informatieverstrekking moet plaatsvinden. Het tijdvak is een tijdsverloop dat wordt afgebakend door een begin- en eindpunt<sup>1353</sup>. De informatie die binnen het tijdvak werd meegedeeld is dan gedekt door een geheimhoudingsplicht. Dit tijdvak kan van bepaalde of van onbepaalde duur zijn.

**Voorbeeld:** "De geheimhoudingsplicht dekt alle vertrouwelijke informatie die wordt meegedeeld tijdens de duur van de overeenkomst".

"This Agreement covers only Confidential Information received by either party between [...] and [...]".

---

<sup>1352</sup> Indien het tijdstip van de verplichting tot mededeling duidelijk is, kan alleen betwisting rijzen over de vraag of de informatie werd meegedeeld en niet over de vraag wanneer die informatieverstrekking moest gebeuren. Hierbij past de kanttekening dat de inwerkingtreding van de verplichting tot informatieverstrekking niet noodzakelijk samenvalt met het tijdstip waarop de overeenkomst wordt aangegaan (*supra* randnr. 386 *et seq.*). Daardoor kan betwisting ontstaan over het al dan niet opeisbare karakter van de informatie.

<sup>1353</sup> R. SCHUMACHER, *Vertragsgestaltung*, 2004, Zürich, Schulthess, 2004, 313-314.

“Confidentiality/Disclosure Period: This Agreement protects the Confidential Information that is disclosed between the Effective Date and the date of termination of this Agreement”<sup>1354</sup>.

Het voordeel van een tijdvak (en in mindere mate ook van meerdere vaste tijdstippen) is dat partijen niet steeds *ad hoc* een geheimhoudingsovereenkomst moeten sluiten wanneer zij op punt staan om vertrouwelijke informatie uit te wisselen. Een tijdvak biedt de mogelijkheid om de geheimhoudingsafspraken toe te passen op een onbepaald aantal informatieverstrekkings die bestemd zijn om plaats te vinden binnen een bepaalde periode. Deze ‘onbepaaldheid’ brengt de bepaling van het voorwerp van de geheimhoudingsplicht niet in het gedrang. Zij sluit immers niet uit dat de overeenkomst voldoende elementen bevat waarmee het voorwerp op het gepaste tijdstip kan worden verbijzonderd<sup>1355</sup>. Het tijdvak stelt de concretisering van het voorwerp slechts uit naar een toekomstig tijdstip, namelijk totdat effectief informatieverstrekkings plaatsvinden binnen de overeengekomen periode.

**381. Tijdvak voor de informatieverstrekking impliceert niet altijd een verplichting tot informatieverstrekking.** Het tijdvak bakent alleen maar een periode af waarin vertrouwelijke informatie moet worden megedeeld opdat zij gedekt zou zijn door een geheimhoudingsplicht. Dit vereist geen enkele zekerheid over de vraag of informatie zal worden verstrekt en evenmin over het aantal informatieverstrekkings. Het tijdvak resulteert dus niet *ipso facto* in een verbintenis om daadwerkelijk één of meerdere informatieverstrekkings na te streven<sup>1356</sup>, bv. door te investeren in de verbetering van de geheime procedés of door verder te onderhandelen. Het tijdvak kan evenzeer kaderen in een overeenkomst die voorziet in een vrijblijvende mogelijkheid om informatie over te maken. Dit is bij uitstek het geval bij voorovereenkomsten die het geheime karakter van onderhandelingen regelen. De informatieverstrekker is daarbij -met uitzondering van wettelijke informatieplichten- niet verplicht om zijn vertrouwelijke informatie op tafel te leggen, maar de geheimhoudingsovereenkomst biedt hem een recht op vertrouwelijke behandeling ervan indien hij beslist om dat te doen. Daardoor valt niet uit te sluiten dat uiteindelijk géén informatieverstrekking plaatsvindt. Partijen zijn uiteraard vrij om hiervan af te wijken en verplichtingen in die zin overeen te komen.

## 2.2 Geheimhoudingsduur (*non-disclosure of confidentiality period*)

**382.** De tweede parameter heeft betrekking op de duur van de geheimhoudingsplicht. Zij bakent het ‘temporele voorwerp’ van de prestatie af voor de informatie die de test van de eerste parameter heeft doorstaan.

**383. Onderscheid tijdvak voor de informatieverstrekking – geheimhoudingsduur.** Het *tijdvak voor de informatieverstrekking* mag niet worden verward met de geheimhoudingsduur, d.w.z. met de periode waarin de informatie

<sup>1354</sup> <http://www.eastwestnews.org>.

<sup>1355</sup> Cf. Cass. 28 maart 1974, *Arr. Cass.* 1974, 833 en *Pas.* 1974, I, 776.

<sup>1356</sup> Dit zal afhangen van de wil van de partijen en van de vraag of de informatieverstrekker een vrijblijvende optie geniet dan wel gehouden is tot een inspannings-, of resultaatsverbintenis.



geheim moet worden gehouden. Het tijdvak voor de informatieverstreking geeft louter aan in welke periode de informatie moet worden meegedeeld opdat zij onderworpen zou zijn aan een geheimhoudingsplicht. De effectiviteit van de bescherming wordt zelfs op het spel gezet wanneer de duur van het *disclosure window* en de duur van de geheimhoudingsplicht volledig samenvalt<sup>1357</sup> of te dicht op elkaar eindigen. Dit impliceert dat de informatie die aan het einde van het *disclosure window* werd meegedeeld na afloop van die periode meteen bevrijd zou zijn van de contractuele geheimhoudingsplicht (cf. *infra* randnr. 480), zodat de reële geheimhoudingsduur van de laatste informatieverstrekingen onevenwichtig kort zou zijn. Dit wordt vermeden door het inbouwen van een uitlooptermijn.

**384. Onderscheid tussen duur van de prestatie en het lijdend voorwerp van de geheimhoudingsplicht.** De *omschrijving van de duur van de prestatie* mag niet worden verward met de *omschrijving van de informatie die onderworpen is aan de geheimhoudingsplicht*. Deze laatste notie regelt het (im)materiële voorwerp van de geheimhoudingsplicht, terwijl de tijdsbepaling alleen betrekking heeft op de duur ervan. Een geheimhoudingsduur van bijvoorbeeld één jaar heeft niet tot gevolg dat het voorwerp van de geheimhoudingsplicht beperkt blijft tot informatie die maximaal één jaar oud is.

IAC en HSN trachten de onderneming ‘Sit-Up’ over te nemen. Dit bedrijf is actief op de Britse *teleshopping* markt. De geïnteresseerde kopers gaan een geheimhoudingsovereenkomst aan voor hun *due diligence* onderzoek van Sit-Up<sup>1358</sup>. Deze overeenkomst bevat onder meer de standaardformule dat de geheimhoudingsplicht niet (meer) geldt voor informatie die tot het publieke domein behoort (*is or becomes generally available to the public*) of die op legitieme wijze wordt verkregen via derden dan wel zelfstandig wordt ontwikkeld (*is or has been independantly acquired or developed by the receiving party*). De duur van de overeenkomst wordt vastgesteld op één jaar. De overname mislukt en de gesprekken worden stopgezet. IAC en HSN beslissen vervolgens om een eigen *teleshopping* netwerk op te starten. Sit-Up beweert dat IAC en HSN hun geheimhoudingsplicht hebben geschonden omdat zij door de oprichting en uitbating van dit netwerk misbruik zouden maken van haar zakengeheimen. IAC en HSN brengen daartegen in dat de duur van hun contractuele geheimhoudingsplicht beperkt was tot informatie die maximaal één jaar oud was op het moment van de informatieverstreking. Hun gebruik van *historical financial information* die reeds ouder was dan één jaar zou daarom geen wanprestatie opleveren. De rechter wijst die redenering af: “Finally, relying on a term in the NDA providing for the expiration of the agreement after one year, defendants argue that, construing the NDA as a whole, ‘it is evident that the parties intended that no information, no matter how confidential or sensitive as an initial matter, would be considered so after one year’. This argument is meritless. The expiration provision governed the duration of the agreement, not its substantive terms. Had the parties intended to exclude historical financial information from the definition [...], they could have done so. The

---

<sup>1357</sup> Dit zou bv. tot gevolg hebben dat de geheimhoudingsplicht zou verdwijnen door de stopzetting van de onderhandelingen: X.-F. TESTU, “La confidentialité conventionnelle”, *Dr. & Pat.* 2002, 81 (“En tout cas, il est clair qu’il faut toujours apporter une précision relative à la durée des engagements souscrits; car si l’on ne dit rien, l’engagement de confidentialité risque de s’éteindre avec la durée de l’accord de confidentialité, qui a lui-même une durée de vie limitée, liée à la phase de négociation”). Zie ook P. KURZ, 68.

<sup>1358</sup> US District Court (New York) 20 februari 2008, *Sit-Up Limited v. IAC/Interactivecorp. and HSN International*, 2008 WL 463884.

agreement does not, as defendants contend, ‘specifically exempt [...] outdated disclosures’. It merely limits its own duration”. De tijdsbepaling regelde slechts de geheimhoudingsduur van de informatie die voldeed aan de contractuele omschrijving van de vertrouwelijke informatie – zonder zelf deel uit te maken van deze definitie. Er was bijgevolg een schending van de geheimhoudingsplicht omdat de informatie binnen de geheimhoudingsduur in strijd met de overeenkomst werd gebruikt, ook al was de informatie als dusdanig reeds ouder dan één jaar.

In wat volgt wordt de aanvang en beëindiging van de geheimhoudingsafspraken onderzocht. De duur van de geheimhoudingsafspraken wordt achterhaald door het bepalen van de aanvangs- en beëindigingsdatum ervan.

### 3. Aanvangsdatum (termijn *a quo*) van de geheimhoudingsafspraken

**385.** Wie zich op de nakomingsplicht van een verbintenis beroept, moet aantonen dat de verbintenis bestaat en opeisbaar is (art. 1315 BW en 870 GerW). De contractuele bescherming van vertrouwelijke informatie vereist daarom duidelijkheid over het tijdstip waarop de contractuele geheimhoudingsplicht precies in werking treedt en over de mogelijkheden om deze verplichting op een andere datum te laten ingaan.

#### 3.1 Gemeenrechtelijke regeling

**386. Vrije keuze van de aanvangsdatum (en beëindigingsdatum): de inwerkingtreding van contractuele effecten is niet noodzakelijk onmiddellijk en ondeelbaar.** Het tijdstip van de contractsluiting is niet noodzakelijk het moment waarop alle contractuele effecten in werking treden<sup>1359</sup>. Het bereiken van een wilsovereenstemming over de inhoud van de overeenkomst impliceert immers nog niet dat elk bedongen contractueel effect bestemd is om onmiddellijk opeisbaar te zijn. Het staat de partijen vrij om in gemeen overleg een specifieke startdatum (en/of einddatum) te kiezen voor de opeisbaarheid van deze effecten<sup>1360</sup>. Dit geldt tevens voor geheimhoudingsovereenkomsten<sup>1361</sup>. Deze principiële keuzevrijheid is een concretisering van de algemene regel dat de overeenkomst de partijen tot wet strekt

---

<sup>1359</sup> Cf. S. DUMOND, *La date et le contrat*, thèse Université Lyon 3, 2003, 28, nr. 34 *et seq.* Deze vaststelling vormt de basis van het onderscheid dat in de Franse rechtsleer wordt gemaakt tussen de (aanvang van de) duur van het bestaan van de overeenkomst (*durée d’existence du contrat*) en (aanvang van) de duur van de uitvoering (*durée d’exécution du contrat* – J. GHESTIN, 183-186, nr. 148).

<sup>1360</sup> Cf. België: Bergen 2 april 1981, *Pas.* 1981, II, 101 (een wederkerig contract onder bezwarende titel mag de volgorde van de uitvoering van de respectieve verbintenissen uitwerken); A. KOHL, “La prorogation et la reconduction du contrat” in *La fin du contrat*, (261) 273, nr. 10; R. STEENNOT, “Betaling” in *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, nr. 32; Frankrijk: J. AZEMA, *La durée des contrats successifs in bibliothèque de droit privé*, Parijs, R. Pichon en R. Durand-Auzias, 1969, 10-11, nr. 14-15; A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *La pérennité contractuelle*, LGDJ, Parijs, 2005, 28, nr. 42; I. PETEL, 35, nr. 30 *et seq.*; A. CERMOLACCE en V. PERRUCHOT-TRIBOULET, “Fasc. 70: Durée dans les contrats”, *JurisClasseur Contrats – Distribution*, nr. 5; C. BLOUD-REY, *Le terme dans le contrat*, Aix-Marseille, PUAM, 2003, 130, nr. 135 en 265, nr. 307; O. BILLARD, 51. In het algemeen: H. EDLUND, “Termination of Commercial Contracts by giving Notice”, *ERCL* 2008, (15) 20-21. Deze vrijheid geldt uiteraard onder voorbehoud van andersluidende dwingende wettelijke bepalingen en algemene rechtsbeginselen.

<sup>1361</sup> M. BUHLER, (359) 372.

(art. 1134 BW). De bindende kracht van de overeenkomst verplicht de betrokken contractspartijen namelijk tot het respecteren van de overeengekomen termijnen<sup>1362</sup>. De overeenkomst hoeft bovendien niet als één ondeelbaar geheel in werking te treden<sup>1363</sup> (of te worden beëindigd). Partijen beschikken over de mogelijkheid om een verschillende start- of beëindigingsdatum te bedingen voor de onderscheiden contractuele verbintenissen of andere afspraken. Het tijdstip van de inwerkingtreding van de verschillende contractuele bestanddelen kan zowel vóór, op als na de contractsluiting gelegen zijn. Sommige verbintenissen of verplichtingen hebben zelfs tot doel om pas in werking te treden nadat (en desgevallend doordat) eerdere verbintenissen zijn beëindigd. Dergelijke afspraken regelen de zogenaamde “postcontractuele” werking van verbintenissen (*infra* randnr. 551).

Aurizon Mines en Northgate Minerals zijn actief in de sector van de mijnexploratie. Zij sluiten wederkerige *confidentiality and standstill agreements* voor een termijn van één jaar. Het doel is om na te gaan of de partijen commercieel kunnen samenwerken. Zeven maanden later doet Northgate een overnamebod op Aurizon. Aurizon beroept zich op de *standstill* afspraken. Northgate brengt daartegen in dat de *standstill* niet actief is. De inwerkingtreding van de *standstill* is volgens haar impliciet gekoppeld aan de daadwerkelijke verstrekking van informatie. Geen enkele contractuele verplichting zou in werking zijn getreden omdat de in het vooruitzicht gestelde informatie nooit werd gecommuniceerd. De rechter in eerste aanleg deelt deze mening niet: “I find that the Northgate Agreement took effect at the time the parties executed it; it did not, as Northgate asserts, spring into effect only when and if confidential information were provided. The term of the standstill provision is specifically measured from the date that the Northgate Agreement was executed, not from the date of any confidential information provided”<sup>1364</sup>.

**387. Terugvalpositie bij gebrek aan expliciete of impliciete keuze over de aanvangsdatum.** Noch de geldigheid, noch de effectiviteit van de overeenkomst vereisen dat de startdatum van een contractuele verbintenis of een andere contractuele afspraak uitdrukkelijk wordt bedongen<sup>1365</sup>. Er wordt daarbij gesteld dat contractuele afspraken zonder duidelijke aanvangsdatum meteen<sup>1366</sup> of minstens binnen een

<sup>1362</sup> Zie bv. Brussel 21 februari 2001, *JLMB* 2002, 1310; Rb. Gent 30 maart 2004, *T. Not.* 2006, 523, noot (de eigendomsoverdracht kan contractueel worden uitgesteld. De verbintenis tot overdracht is dan een verbintenis met tijdsbepaling en slechts afdwingbaar bij het verlijden van de notariële akte). Cf. C. BLOUD-REY, 461, nr. 541.

<sup>1363</sup> I. PETEL, 15, nr. 15; 36, nr. 33 *et seq.*

<sup>1364</sup> British Columbia Court of Appeal 14 juli 2006, *Aurizon Mines Ltd. v. Northgate Minerals Corp.*, 2006 Carswell BC 1734 (bevestiging in hoger beroep).

<sup>1365</sup> Cf. Cass. 25 november 1975, *Pas.* 1976, I, 379; Kh. Verviers 17 december 1973, *JL* 1974-75, 45; *contra* C. VUILLEMIN-GONZALEZ, *L'obligation de non-divulgarion*, thesis Universiteit Perpignan, 2000, 335, nr. 427.

<sup>1366</sup> De uitvoering zal doorgaans niet onmiddellijk van start kunnen gaan, maar slechts na enig tijdsverloop dat onder meer kan afhangen van het voorwerp van de verbintenis (B. GRIMONPREZ, 33, nr. 29). Zie tevens L.C. HOFMANN en S. N. VAN OPSTALL, *Het Nederlands Verbintenissenrecht*, I, Groningen, Tjeenk Willink, 1976, 406 (deze auteurs stellen vast dat de schuldenaar bij gebrek aan afspraken over de aanvangsdatum van de uitvoering de verbintenis terstond moet nakomen. Dit moet volgens de auteurs niet letterlijk worden opgenomen, maar wel naar redelijkheid en billijkheid). Zie tevens art. 7:102, (3) PECL waarin wordt gesteld dat, bij gebrek aan andere indicaties, de uitvoering van de overeenkomst binnen een redelijke termijn na de contractsluiting moet gebeuren. Een geheimhoudingsafpraak kan uiteraard onmiddellijk worden nageleefd indien de geheimplichtige reeds over de informatie beschikt. Dit is zelfs een essentiële vereiste voor het nut van deze verplichting.

redelijke termijn opeisbaar zijn vanaf de contractsluiting<sup>1367</sup>. Dit is riskant voor geheimhoudingsplichten indien dit zou impliceren dat een bedongen tijdsbepaling (van bv. drie jaar) reeds vanaf het moment van de contractsluiting begint te lopen ook al werd op dat moment nog geen vertrouwelijke informatie meegedeeld. Dit zou immers leiden tot een *verkorting van de reële geheimhoudingsduur*, zijnde de periode tussen de verstrekking van de informatie en de uitdoving van de geheimhoudingsplicht. Men mag echter niet uit het oog verliezen dat het hierbij gaat om een gemeenrechtelijke terugvalpositie waarop pas beroep hoeft te worden gedaan bij gebrek aan expliciete of impliciete andersluidende indicaties. Het gaat dus niet om een gevolg dat inherent is aan elke contractsluiting. Uitgangspunt blijft dat het tijdstip van de inwerkingtreding bij onduidelijkheid over de partijwil<sup>1368</sup> moet worden achterhaald op basis van de gemeenrechtelijke regels voor de interpretatie en aanvulling van de overeenkomst<sup>1369</sup>. Zowel de partijen als de wetgever kunnen bijgevolg afwijken van dit principe. De feitenrechter kan rekening houden met alle relevante interne en externe elementen tijdens zijn onderzoek naar de juiste draagwijdte van de overeenkomst. Bij gebrek aan andersluidende afspraken is de aanvang van een contractueel bedongen geheimhoudingsduur niet zozeer verbonden aan de datum van de contractsluiting, maar wel aan het tijdstip waarop zij in het licht van haar aard en doelstelling vatbaar wordt voor naleving. Een geheimhoudingsplicht is in dat opzicht bestemd om uiterlijk, maar vanaf dan ook meteen, aan te vangen van zodra de geïmpliciteerde daadwerkelijk toegang krijgt tot de vertrouwelijke

<sup>1367</sup> België: Cass. 19 juni 1990, *Arr. Cass.* 1989-90, 1332 (een verzekeringsovereenkomst tussen verwijderde partijen komt in de regel en behoudens afwijkend beding tot stand en krijgt uitwerking wanneer de ene partij haar akkoord met het door de andere partij gedane aanbod heeft gegeven en deze laatste van dit akkoord kennis nam of redelijkerwijze kennis kon nemen); Luik 24 april 2007, *JLMB* 2008, 1795 (“qu’une convention, sauf disposition conventionnelle expresse, prend effet à sa date de signature” – deze formulering is weliswaar te restrictief omdat het om het tijdstip van de totstandkoming van het *negotium* gaat en niet zozeer van het *instrumentum*, al vallen beide tijdstippen doorgaans samen); Luik 24 mei 1988, *JLMB* 1988, 1556, noot D.-M. PHILIPPE (bij gebrek aan contractueel beding moet een “normale leveringstermijn” worden nageleefd, deze varieert van geval tot geval en is volgens de rechter bij een autoverkoop tussen de acht en twaalf weken); Kh. Hasselt 7 mei 1999, *TBBR* 1999, 593 (verkort) (levering moet binnen een normale termijn gebeuren en wat normaal is hangt af van de gebruiken van de sector); Kh. Brussel 3 november 1975, *TBH* 1975, I-514 (“attendu que le droit commun, lorsque les parties n’ont pas fixé le délai de livraison, impose la livraison immédiate ou à bref délai”); zie tevens Vred. Bergen 28 juni 1976, *T. Vred.* 1977, 133; Kh. Brussel 14 april 1904, *PP* 1904, 540, nr. 810; RPDB, v° Obligations, 89, nr. 298 (“Lorsque l’obligation n’est affectée ni d’un terme ni d’une condition suspensifs, elle est pure et simple et est exigible dès l’instant où elle prend naissance”); R. STEENNOT, “Betaling” in *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, nr. 32; Frankrijk: H., L., J. MAZEAUD en F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, II/1, *Obligations: théorie générale*, 999, nr. 906; Ch. MOULY, 326, nr. 256; I. PETEL, nr. 22; F. NAMOUR, *Les clauses de secret*, thesis Montpellier I, 1992, 172; J. GHESTIN, C. JAMIN en M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, 2001, 199-200, nr. 159; A. CERMOLACCE en V. PERRUCHOT-TRIBOULET, “Fasc. 70: Durée dans les contrats”, *JurisClasseur Contrats – Distribution*, nr. 43; E. MAITRE-ARNAUD, *La rétroactivité dans le contrat*, thesis Parijs, 2003, 107; O. BILLARD, *Contribution à l’étude de la durée en droit des contrats*, thesis universiteit Orleans, 2000, 39; C. CASEAU-ROCHE, 179, nr. 210; C. BLOUD-REY, 125, nr. 129; B. GRIMONPREZ, 16-17, nr. 11; V. DUHAUT, 250, nr. 191. Zie tevens naar Engels recht: M. ANDERSON en V. WARNER, *A-Z Guide to Boilerplate and Commercial Clauses*, Haywards Heath, Tottel, 2006, 116-117. Verenigde Staten: E. MURRAY, *Corbin on Contracts Desk Edition*, 4-5, §4.02[1].

<sup>1368</sup> Men mag hierbij niet uit het oog verliezen dat een gebrek aan wilsovereenstemming over deze datum de contractsluiting verhindert indien dit een essentieel of substantieel element is voor de partijen (cf. A. LAUDE, 231, nr. 358 *et seq.*).

<sup>1369</sup> Vgl. Kh. Brussel 3 november 1975, *TBH* 1975, I-514; I. PETEL, 29, nr. 27.

informatie<sup>1370</sup>. Pas vanaf dit moment is de naleving noodzakelijk en kunnen de aangegane verbintenissen om iets niet te doen (de niet-verspreiding en eventueel het niet-gebruik) zinvol worden nageleefd. Dit tijdstip van de informatieverstrekking kan samenvallen met de datum van de contractsluiting<sup>1371</sup>, maar het kan ook gaan om een andere datum. Het (quasi-)onmiddellijke karakter van de aanvangsdatum impliceert dat de schuldenaar *zo snel als redelijkerwijze mogelijk* moet beginnen met de uitvoering. Dit betekent niet dat de schuldenaar wordt geacht om meteen uit te voeren indien dit onmogelijk is, maar dat de precieze aanvangsdatum wordt bepaald door het tijdstip waarop de uitvoering van de verbintenis effectief mogelijk wordt.

De vaststelling dat het natuurlijke aanvangspunt van de geheimhoudingsplicht het moment van de informatieoverdracht is, stemt overeen met het principe dat partijen bij wederkerige overeenkomsten de uitvoering van hun prestaties gelijktijdig moeten aanvatten<sup>1372</sup>. Dit is evenzeer een uitgangspunt waarvan de partijen kunnen afwijken<sup>1373</sup>, maar ook hier wijst de aard van de geheimhoudingsplicht erop dat de informatie eerst in het bezit moet zijn van de geheimplichtige alvorens het tijdsverloop van zijn niet doen zinvol in rekening kan worden gebracht met de tijdsbepaling. Onduidelijkheid over de gewenste aanvangsdatum van de geheimhoudingsduur dient bijgevolg eerder te worden uitgelegd in de zin dat de tijdsbepaling pas begint te lopen ten aanzien van specifieke informatie op het moment dat zij wordt verstrekt.

**388. Uitstel van de inwerkingtreding.** De partijen kunnen de inwerkingtreding van hun verbintenissen uitstellen door hen te koppelen aan een opschortende termijn. Dit stelt de opeisbaarheid van de verbintenis uit naar een datum die wordt bepaald door een toekomstige, maar zekere gebeurtenis<sup>1374</sup>. De inwerkingtreding van de geheimhoudingsplicht kan ook gekoppeld zijn aan een opschortende voorwaarde. De geheimhoudingsplicht geldt dan pas indien en voor zover geheime informatie wordt meegedeeld.

---

<sup>1370</sup> In die zin Kh. Gent 13 januari 1999, *TGR* 1999, (63) 65 (de bedongen geheimhoudingsduur van drie jaar werd geacht aan te vangen zodra de nood aan geheimhouding ontstond, *in casu* het moment waarop de onderzoeker toegang kreeg tot het laboratorium). Vgl. I. PETEL, 118, nr. 111 en 128-130, nr. 123. Deze auteur merkt op dat “Le contrat de communication de know-how [...] serait absurde si l’obligation de non-exploitation qu’il engendre était exigible immédiatement. Son exigibilité immédiate frise même l’impossibilité lorsque l’obligation de non-exploitation se double, comme c’est souvent le cas, d’une obligation d’exploitation”.

<sup>1371</sup> De verplichting tot informatieverstrekking is immers zelf (quasi-)onmiddellijk opeisbaar indien de overeenkomst geen regeling bevat over haar aanvangsdatum.

<sup>1372</sup> Cass. 7 november 1935, *Pas.* 1936, I, 38. M.E. STORME, “De exceptio non adimpleti contractus als uitlegvraag. Uitwerking van enkele aspecten in de verhouding tussen partijen, meer bepaald evenredigheid en volgorde van de prestaties en bewijslast”, *RW* 1989-90, (313) 317, nr. 11-12; L. LAMINE, *Het retentierecht in Recht en Praktijk*, Antwerpen, Kluwer, 1993, 79, nr. 118; in die zin M. STORCK, “Fasc. 10: Contrats et obligations – Obligations conventionnelles. – Exception d’inexécution ou ‘exceptio non adimpleti contractus’. – Domaine et conditions d’application de l’exception d’inexécution”, *Juriscl. Civil Code App. Art. 1184*, nr. 31. De partijen kunnen uiteraard afwijken van dit principe en de opeisbaarheid van de prestaties differentiëren in de tijd.

<sup>1373</sup> Naargelang de (uitdrukkelijke) wil van de partijen, de aard van de overeenkomst of de wil van de wetgever: R. CASSIN, 531-541. Daarnaast kan de overeenkomst worden aangevuld door het gebruik en de billijkheid (art. 1135 BW).

<sup>1374</sup> Cass. 17 april 1975, *Arr. Cass.* 1975, 914; Brussel 21 februari 2001, *JLMB* 2002, 1310.

**389. Uitdrukkelijke uitsluiting van de onmiddellijke inwerkingtreding.** Indien de oorspronkelijke partijwil gekant was tegen een onmiddellijke inwerkingtreding en de overeenkomst evenmin voorziet in een uitdrukkelijk gestipuleerde opschortende termijn of impliciete indicaties voor de aanvangsdatum van bepaalde verbintenissen, kan hun inwerkingtreding alleen worden vastgesteld via een nieuwe wilsovereenstemming tussen de partijen. Dit brengt de geldigheid van de overeenkomst niet in gedrang indien de partijen deze datum niet als een wezenlijk element voor de contractsluiting beschouwden. In dat geval is de opeisbaarheid van de verbintenissen in kwestie, en dus van de effectieve uitvoering van de overeenkomst, slechts onderworpen aan een opschortende tijdsbepaling waarvan de duur wordt afgebakend door de (in hoofde van de partijen) zekere gebeurtenis van het sluiten van een nieuwe overeenkomst die de aanvangsdatum vaststelt. De partijen beschikken in die hypothese niet over het recht om eenzijdig te beslissen over de aanvangsdatum en die keuze op te dringen aan hun medecontractant<sup>1375</sup>. Deze lacune in de overeenkomst doet alleen een verplichting ontstaan om te goeder trouw verder te onderhandelen voor het bepalen van een aanvangsdatum waarin beide partijen zich kunnen vinden<sup>1376</sup>.

**390. Weerslag van uitgestelde inwerkingtreding van contractuele basisverhouding op contractuele geheimhoudingsplicht.** Zoals Bloud-Rey opmerkt, doelen de partijen met de inwerkingtreding van “de overeenkomst” in principe op “de kenmerkende prestaties” die tot die overeenkomst behoren<sup>1377</sup>. Deze terminologie verhindert bijgevolg niet dat accessoire contractuele verplichtingen reeds worden geactiveerd op het moment van de contractsluiting indien dit strookt met de wil van de partijen, ook al blijft de uitvoering van de kenmerkende prestaties vooralsnog opgeschort. Zo kan een geheimhoudingsplicht reeds zinvol worden nageleefd indien reeds vertrouwelijke informatie werd verstrekt ter voorbereiding van de uitvoering van de kenmerkende prestaties.

Hoe dan ook heeft de uitstelling van de opeisbaarheid van een bepaalde verbintenis geen invloed op de bindende kracht van de overeenkomst. Partijen kunnen (in beginsel, behoudens een herroepingsrecht in die zin) reeds vanaf dat moment niet meer eenzijdig terugkomen op de contractsluiting. De mogelijkheden tot beëindiging

---

<sup>1375</sup> Arbh. Gent 9 september 2002, *NjW* 2002, 501, noot M.D.V.

<sup>1376</sup> Arbh. Gent 15 maart 2006, *Soc. Kron.* 2007, 230; Arbh. Gent 9 september 2002, *NjW* 2002, 501, noot M.D.V. Zie tevens Gent 25 april 2001, *RW* 2002-03, 24; Rb. Brugge 3 februari 2004, *TGR* 2004, 7. Het Franse Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit à la prescription (Rapport à Monsieur Pascal Clément, 22 september 2005) voorziet in dit geval de mogelijkheid van een rechterlijke tussenkomst bij het uitblijven van een minnelijke vaststelling (Art. 1186-1: “Si les parties sont convenues de différer la détermination du terme, ou de laisser à l’une d’elles le soin d’y procéder, et que le terme ne soit pas déterminé à l’expiration d’un délai raisonnable, le juge pourra le fixer suivant les circonstances”).

<sup>1377</sup> C. BLOUD-REY, 228. Zie tevens wat de uitdoving van “de overeenkomst” betreft I. PETEL, 563-564, nr. 527.

van de overeenkomst staan bijgevolg los van de vraag of de uitvoering ervan al dan niet is begonnen<sup>1378</sup>.

### 3.2 Contractuele uitwerking van de aanvangsdatum

**391.** De contractspartijen kunnen de aanvang van de geheimhoudingsduur enerzijds koppelen aan het tijdstip van een concrete informatieverstrekking of anderzijds aan een abstract tijdstip (zoals de datum van de contractsluiting) dat los staat van enige concrete informatieverstrekking.

#### 3.2.1 Aanvang vanaf de contractsluiting

**392.** De informatieverstrekking (of de aanvang van de informatieontwikkeling<sup>1379</sup>) vindt bij éénmalige verstrekkingen vaak quasi-gelijktijdig plaats met het sluiten van de overeenkomst, zodat dit tijdstip tevens de ‘natuurlijke’ aanvangsdatum is van de bedongen geheimhoudingsplicht. De datum van de inwerkingtreding wordt in dat geval gelijkgesteld met de datum van de contractsluiting zoals die blijkt uit de datum waarop de akte wordt ondertekend<sup>1380</sup>. Indien de akte niet door beide partijen op dezelfde datum wordt ondertekend, kan worden verbijzonderd dat de geheimhoudingsduur aanvangt op het moment van de ondertekening door de laatste partij<sup>1381</sup>, wat impliceert dat de informatieoverdracht pas vanaf dan plaatsvindt of dat de geldende buitencontractuele bescherming pas vanaf dan wordt gecontractualiseerd.

**Voorbeeld:** “The obligations of confidentiality imposed by this Agreement begin on the date when this Agreement is signed by the last party and continue in force until [...]”<sup>1382</sup>.

De informatieverstrekking kan echter zowel vóór als na de contractsluiting plaatsvinden, waardoor deze datum niet samenvalt met het moment waarop de nood tot geheimhouding rijst.

Sommige auteurs stellen dat het tijdstip van de contractsluiting als aanvangsdatum voordeliger is met het oog op de bewijslevering van de geheimhoudingsduur<sup>1383</sup>. Men mag hierbij echter niet uit het oog verliezen dat het tijdstip van de contractsluiting niet noodzakelijk duidelijk is. Het gebrek aan uitdrukkelijke vermelding van deze datum

---

<sup>1378</sup> In het raam van arbeidsovereenkomsten: Cass. 10 april 1974, *JTT* 1975, 10; Arbh. Brussel 17 april 2007, *JTT* 2007, 436; Arbh. Luik 15 juni 2005, *RRD* 2005, 277, noot C. CLESSE (inroeping van proefbeding kan reeds gebeuren in de periode tussen de ondertekening van de arbeidsovereenkomst en de aanvang van de arbeidsprestaties). Nederland: G.J.P. DE VRIES, *Opzegging van obligatoire overeenkomsten*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1990, 167.

<sup>1379</sup> Cf. Kh. Gent 13 januari 1999, *TGR* 1999, (63) 65.

<sup>1380</sup> Cf. M. ANDERSON en V. WARNER, *Drafting and Negotiating Commercial Contracts*, 21-22 en M. ANDERSON en V. WARNER, *A-Z Guide to Boilerplate and Commercial Clauses*, 209; J.M. MOUSSERON, P. MOUSSERON, J. RAYNARD en J.-B. SEUBE, 687, nr. 1715.

<sup>1381</sup> Deze verbijzondering is echter niet onmisbaar omdat zij reeds het gemeenrechtelijke uitgangspunt is (*Ibid.*, 687, nr. 1715).

<sup>1382</sup> [http://latsnlongs.com/NDA\\_July07/NDAVirtualEarthMapPointLnL\\_July07.pdf](http://latsnlongs.com/NDA_July07/NDAVirtualEarthMapPointLnL_July07.pdf).

<sup>1383</sup> M. BUHLER, (359) 372.

in de onderhandse akte tast namelijk noch de geldigheid<sup>1384</sup>, noch de bewijskracht van de overeenkomst als dusdanig aan<sup>1385</sup>. Bovendien kan het *negotium* (d.i. de eigenlijke overeenkomst) tot stand komen voordat partijen het *instrumentum* (d.i. de materiële vastlegging van de overeenkomst) opstellen<sup>1386</sup>.

### 3.2.2 Aanvang vóór de contractsluiting

**393. Retroactiviteit in het contractenrecht.** Contractuele afspraken treden in beginsel ten vroegste in werking op het moment van de contractsluiting<sup>1387</sup>. De contractsvrijheid biedt partijen de mogelijkheid om een retroactieve<sup>1388</sup> werking toe te kennen aan de aanvang of beëindiging<sup>1389</sup> van hun overeenkomst<sup>1390</sup> in de mate dat dit

<sup>1384</sup> *Pand. b.*, v° Acte sous seing privé, nrs. 8 en 12; H. DE PAGE, III, 1967, 796, nr. 777. Frankrijk: J.-L. MOURALIS, *Preuve, Rép. civ. Dall.*, 26, nr. 181. De wetgever kan voorzien in uitzonderingen. Zie daarover *Ibid.* bij de Page en Mouralis evenals D. MOUGENOT, *La preuve*, 159, nr. 102.

<sup>1385</sup> Gent 12 september 2007, 2006/AR/374, onuitg.; Gent 4 december 1990, RW 1990-91, 1374; vgl. Antwerpen 28 maart 1988, *Pas.* 1988, II, 169 (m.b.t. vaste datum); Frankrijk: M.-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 1975, 329; Duitsland: R. SCHUMACHER, 508, nr. 1279. Het bewijs van de datum van de overeenkomst tussen de partijen onderling valt volgens De Page in beginsel onder de bewijsregel van artikel 1341 BW (H. DE PAGE, III, 1967, 891, nr. 868; zie tevens D. MOUGENOT, *La preuve*, Brussel, Larcier, 2002, 115, nr. 46). Een belangrijke strekking in de Franse rechtspraak en rechtsleer aanvaardt dat de totstandkomingsdatum van een *ongedateerde* akte met alle middelen van recht kan worden aangetoond tussen de partijen ongeacht de waarde van de vordering. Het argument van deze strekking is dat de datum geen onderdeel van de overeenkomst is als dusdanig, maar een extrinsiek feit dat gepaard gaat met de totstandkoming ervan (C. AUBRY, C. RAU, *Cours de droit civil français*, Parijs, Marchal et Billard, 1922, XII, §763, 336; J.-L. MOURALIS, *Preuve, Rép. civ. Dall.*, 48, 388; S. DUMOND, 146). Het bewijs van de datum van een *gedateerde* akte blijft wel onderworpen aan artikel 1341 BW aangezien de partijen haar gezamenlijk in de overeenkomst hebben opgenomen (cf. art. 1320 BW; *Pand. b.*, v° Acte sous seing privé, nr. 94; D. MOUGENOT, *La preuve*, 115, nr. 46; Frankrijk: J.-L. MOURALIS, *Preuve, Rép. civ. Dall.*, 48, nr. 383). Het tijdstip van de contractsluiting mag tussen de partijen, in geval van fraude via een valse datum, niettemin met alle middelen van recht worden aangetoond in weerwil van de bedongen datum (Bergen 31 oktober 1988, *TBBR* 1992, 141 (dispositief), noot W. DE BONDT; Frankrijk: (S. DUMOND, 147; J.-L. MOURALIS, *Preuve, Rép. civ. Dall.*, 48, nr. 386).

<sup>1386</sup> D. MOUGENOT, *La preuve*, 113, nr. 42.

<sup>1387</sup> Luik 24 april 2007, *JLMB* 2008, 1795 (geen terugwerkende kracht tot het tijdstip waarop de onderhandelingen aanvingen).

<sup>1388</sup> Er hoeft in deze hypothese geen geheim te worden gemaakt van de werkelijke datum van de contractsluiting, d.w.z. van de totstandkoming van het *negotium*. Alleen de effecten van de overeenkomst treden vroeger in werking. De overeenkomst wordt bijgevolg niet geantidateerd. Bij een antidatering wordt de schijn gecreëerd dat de overeenkomst vroeger werd bereikt dan in werkelijkheid het geval was, bijvoorbeeld via het antidateren van het *instrumentum* van de overeenkomst (E. MAITRE-ARNAUD, *La rétroactivité dans le contrat*, thesis universiteit Panthéon-Assas Parijs II, 2003, 107). Een antidatering heeft niet tot doel om af te wijken van de normale regels over de inwerkingtreding van contractuele effecten, maar heeft net tot doel om deze regels op fictieve wijze te laten toepassen (I. PETEL, 50, nr. 47; J. GHESTIN, Ch. JAMIN en M. BILLIAU, 201, nr. 161). Dit wordt bestraft door het misdrijf van de valsheid in geschriften (in het bijzonder art. 196 Sw. – zie bv. voor de antidatering van een opzegging Corr. Verviers 12 september 1991, *Ors.* 1991 (weergave), 224, noot A. MASSET).

<sup>1389</sup> J. DEL CORRAL en V. SAGAERT, “Contractuele bedingen over opzegging, verlenging en vernieuwing: een analyse naar gemeen recht” in P. NAEYAERT en E. TERRY (eds.), *Beëindiging van overeenkomsten met handelstussenpersonen*, Brugge, die Keure, 2009, (65) 75, nr. 12.

<sup>1390</sup> België: *RPDB*, v° Contrat et convention en général, 14, nr. 189. Frankrijk: M. GEGOUT, “Essai sur la rétroactivité conventionnelle”, *Rev. Crit. Législ. et Jurispr.* 1931, (271) 283; I. PETEL, 61, nr. 59 en 305, nr. 284 *et seq.*; J. GHESTIN, Ch. JAMIN en M. BILLIAU, 200-205; S. MERCOLI, nr. 456; E. MAITRE-ARNAUD, 107, nr. 114; O. BILLARD, 42; zie echter kritisch: Th. REVET, “La prise d’effets du contrat”, *RDC* 2004, (29), I., A., 1°, b); Verenigde Staten: *American Cyanamid Co. v. Ring*, 248 Ga. 673, 286



geen afbreuk doet aan de rechten van derden<sup>1391</sup> of aan (de werking in de tijd van) dwingende wettelijke bepalingen<sup>1392</sup>. De terugwerkende kracht heeft tot gevolg dat partijen reeds gebonden waren aan allerlei contractuele verplichtingen op een moment dat het *negotium* waarin zij zijn uitgewerkt nog niet bestond. Dit is te onderscheiden van de hypothese waarin de partijen een schriftelijk *instrumentum* opstellen voor een overeenkomst die voordien reeds mondeling tot stand is gekomen<sup>1393</sup>. De retroactiviteit heeft bijgevolg betrekking op het *negotium* en niet op het *instrumentum* van (het relevante contractuele effect dat voortvloeit uit) de overeenkomst. De doelstelling van dergelijke overeenkomsten is ruimer dan de loutere vaststelling dat bepaalde verplichtingen reeds bestonden aangezien zij net bestemd zijn om de grondslag te bieden voor het ontstaan van deze verplichtingen<sup>1394</sup>. Deze contractuele retroactiviteit wordt bereikt door de verschuiving van de “effective date”<sup>1395</sup> (of “commencement date”<sup>1396</sup>) van de overeenkomst, d.w.z. de datum waarop haar inhoud -geheel of gedeeltelijk- opeisbaar wordt<sup>1397</sup>, naar een tijdstip vóór de contractsluiting (in de Anglo-Amerikaanse terminologie: de “execution date”<sup>1398</sup> of “date of agreement”<sup>1399</sup>)<sup>1400</sup>. Deze techniek wordt in het raam van overeenkomsten over informatieverstrekingen doorgaans angewend voor de contractualisering van precontractuele onderhandelingen, maar wordt ook toegepast voor de uitwerking van

---

S.E.2d 1 (1982) (“Contrary to the implication of the court of appeals’ opinion, the effective date of a contract is not the date of execution where the contract expressly states that its terms are to take effect at an earlier date”); Goldstein v. Ipswich Hosiery Co., 104 Ga. App. 500, 122 S.E.2d 339 (1961) (the court said: “It is elemental that contracting parties may agree to give retroactive effect, between themselves, to their contracts as they see fit”) WILLSTN-CN § 6:61. Time of formation of contract. De Franse rechtsleer staat weigerachtig tegen de retroactieve contractsverlenging. Een uitgedoofde overeenkomst zou slechts in aanmerking komen voor een stilzwijgende voortzetting, hetgeen leidt tot een nieuwe overeenkomst (I. PETEL, 621, nr. 579; J. GHESTIN, 294, nr. 241; C. BLOUD-REY, 295, nr. 344). Een overeenkomst die erin bestaat te doen alsof de oorspronkelijke overeenkomst tijdig werd verlengd is op zich niet ongeldig in de mate dat hiermee geen afbreuk wordt gedaan aan de rechten van derden (art. 1165 BW) en evenmin aan dwingende wetsbepalingen. De wetgever kan een retroactieve werking overigens uitdrukkelijk toestaan (bv. art. 760, §2, 3° W. Venn.).

<sup>1391</sup> De rechtspositie van derden kan niet worden beïnvloed door de (interne effecten van de) overeenkomst (art. 1165 BW). Zij kunnen bovendien optreden tegen een bedrieglijke benadeling van hun rechten (art. 1167 BW). Rb. Aarlen 18 december 2001, *Rec.gén.enr.not.* 2002, 505; zie tevens voor Frankrijk: I. PETEL, 305-308, nr. 284-285.

<sup>1392</sup> Gent 27 juni 2006, *TFR* 2007, 272, noot W. VANDENBERGHE; Gent 22 september 1994, *Fisc.Koer.* 1994, 529 (een retroactiviteitsclausule mag niet ingaan tegen het openbare orde karakter van de fiscale wetgeving – de fiscus zal bijgevolg de reële rechtstoestand van de belastingplichtige in aanmerking nemen en niet de desgevallend geveinsde toestand).

<sup>1393</sup> B. SOUSI-ROUBI, “Variations sur la date”, *RTD Civ.* 1991, 69, nr. 68.

<sup>1394</sup> I. PETEL, 49, nr. 47 (“[Le contrat rétroactif] ne constate pas une situation antérieure, il la modifie”).

<sup>1395</sup> M. ANDERSON en V. WARNER, *Drafting and Negotiating Commercial Contracts*, Haywards Heath, Tottel, 2007, 22.

<sup>1396</sup> M. ANDERSON en V. WARNER, *A-Z Guide to Boilerplate and Commercial Clauses*, Haywards Heath, Tottel, 2006, 116-117; M. ANDERSON, *Technology transfer*, 54, nr. 2.8.

<sup>1397</sup> Althans van de contractuele effecten waarop de retroactiviteit van toepassing is.

<sup>1398</sup> M. ANDERSON en V. WARNER, *Drafting and Negotiating Commercial Contracts*, Haywards Heath, Tottel, 2007, 22, 68 en 153.

<sup>1399</sup> M. ANDERSON en V. WARNER, *A-Z Guide to Boilerplate and Commercial Clauses*, Haywards Heath, Tottel, 2006, 209-211.

<sup>1400</sup> S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, Aix-Marseille, PUAM, 2001, 475-495, nr. 455-476; E. MAÎTRE-ARNAUD, 108, nr. 144.

bewijsovereenkomsten<sup>1401</sup>. Sommige auteurs raden zelfs aan om haar aan te wenden in het octrooirecht (*infra* randnr. 399).

Zowel het *disclosure window* als de geheimhoudingsduur komen in aanmerking voor een vervroegde inwerkingtreding.

### 3.2.2.1 Retroactiviteit van geheimhoudingsafspraken

**394. “Retroactiviteit” van het disclosure window.** De totstandkoming van een overeenkomst kan worden voorafgegaan door een onderhandelingsfase waarin de partijen de wenselijkheid van de contractuele relatie aftasten en stapsgewijs de contouren ervan vastleggen. Dit vereist de uitwisseling van gevoelige informatie die de medeonderhandelaar in staat stelt om een juist beeld te vormen van de potentiële contractuele relatie. Indien dit gebeurt in een strikt buitencontractuele context, d.w.z. zonder dekking van een expliciete of impliciete contractuele geheimhoudingsplicht, kan naderhand de wens ontstaan om de informatieuitwisseling alsnog te contractualiseren. De “retroactiviteit” van het *disclosure window* biedt daarbij een nuttig instrument voor de opvulling van lacunes in de contractuele bescherming van de vertrouwelijke informatie. Het is daarbij niet van belang of de beoogde overeenkomst uiteindelijk tot stand komt of niet. De retroactiviteit kan via een geheimhoudingsbeding in de uiteindelijke overeenkomst worden opgenomen, maar dit kan net zo goed gebeuren in een op zichzelf staande geheimhoudingsovereenkomst die wordt gesloten na het afspringen van de onderhandelingen.

De vervroeging van het *disclosure window* verschuift de periode waarin de informatie kon worden meegedeeld -opdat zij gedekt zou zijn door een geheimhoudingsplicht- naar een tijdstip vóór de totstandkoming van de uiteindelijke overeenkomst, bijvoorbeeld naar de aanvang van de onderhandelingen die zijn uitgemond in deze overeenkomst. De informatie die vóór de aanvang van de overeenkomst werd uitgewisseld is daardoor eveneens gedekt door de naderhand overeengekomen geheimhoudingsplicht. De impact van deze ingreep blijft beperkt tot een *uitbreiding ex nunc van het (im)materiële voorwerp van de geheimhoudingsplicht*. De datum waarop de geheimhoudingsplicht in werking treedt (d.i. de eigenlijke geheimhoudingsduur) blijft ongewijzigd. Deze treedt bij gebrek aan andersluidende regeling ten vroegste in werking vanaf de contractsluiting (*supra* randnr. 387). De vervroeging van het *disclosure window* resulteert bijgevolg uitsluitend in een contractuele aansprakelijkheid voor inbreuken die worden begaan vanaf het tijdstip van de contractsluiting. Inbreuken die stammen uit de periode vóór de inwerkingtreding van de geheimhoudingsplicht blijven onderworpen aan het regime van de buitencontractuele aansprakelijkheid. Het nadeel hiervan is dat de meester van het geheim bij gebrek aan contractuele geheimhoudingsplicht in die periode moet aantonen dat de informatieverstrekker reeds gebonden was aan een buitencontractuele geheimhoudingsplicht.

---

<sup>1401</sup> Zie naar Amerikaans (federaal) recht: US District Court 8 oktober 1991, *Michael J. Hutton v. General Motors Corporation*, 775 F.Supp. 1373; US Court of Appeals (Ninth Circuit) 24 augustus 1981, *United States of America v. Richard Lawrence Wellins*, 654 F.2d 550.

**Voorbeeld:** “All such information shall be Confidential Information, including information disclosed to Recipient prior to the date of this Agreement, unless [...]”<sup>1402</sup>.

“Potential Buyer agrees to treat confidentially the information, whether the information is furnished before or after the date of this letter [...]”<sup>1403</sup>.

Om bewijsproblemen te vermijden, kan de uitbreiding van het *disclosure window* beperkt blijven tot de informatie die uitdrukkelijk wordt omschreven in een bijlage bij de overeenkomst:

**Voorbeeld:** “‘Confidential Information’ shall mean [...] (B) the information described in the Schedule hereto as having been disclosed prior to the date hereof”<sup>1404</sup>.

**395. “Retroactiviteit” van de geheimhoudingsplicht.** Ook de geheimhoudingsduur kan retroactief in werking treden. In dat geval wordt de informatieontvanger gebonden geacht door de contractuele geheimhoudingsplicht vanaf het gekozen tijdstip. Dit tijdstip kan zich zelfs vóór de uiteindelijke contractsluiting situeren<sup>1405</sup>. Deze vorm van retroactiviteit is niet onmisbaar. Problemen die op het eerste gezicht een retroactieve geheimhoudingsplicht vereisen, blijken bij nader inzien namelijk toch te kunnen worden opgelost via geheimhoudingsplichten met een werking *ex nunc*.

**396. Overbodigheid van een retroactieve contractualisering van de geheimhoudingsduur.** Een retroactieve geheimhoudingsplicht maakt de informatieontvanger contractueel aansprakelijk voor inbreuken die werden begaan in de nochtans ‘precontractuele’ periode. De contractualisering van het gedrag van de informatieverkrijger vereist echter niet dat hij een geheimhoudingsplicht met terugwerkende kracht op zich neemt. De geheimhoudingsplicht kan ook onrechtstreeks worden vervroegd in de vorm van een garantie. De garantieverplichting is een verplichting waarbij de debiteur de waarheid van bepaalde feiten garandeert en zich ertoe verbindt om, desgevallend zelfs zonder foutieve gedraging van zijnenwege, in te staan voor het risico dat deze feiten niet correct blijken<sup>1406</sup>. Zo kan de informatieontvanger op het moment van de contractsluiting de garantie verstrekken dat het geheime karakter van de reeds verstrekte informatie door hem en zijn aangestelden werd gerespecteerd in het tijdvak tussen de verstrekking en de contractsluiting. Dit resulteert in een functionele retroactiviteit. De contractuele

---

<sup>1402</sup> <http://www.carnegiemellonctt.com/forms/One-wayCDA.doc>.

<sup>1403</sup> [http://www.abbnitedstates.com/ABBCConfidentiality\\_agreement.doc](http://www.abbnitedstates.com/ABBCConfidentiality_agreement.doc).

<sup>1404</sup> <http://www.uutech.co.uk>.

<sup>1405</sup> Minstens indien zij slechts bestemd is om een voorafbestaande (buitencontractuele of eerdere contractuele) geheimhoudingsplicht retroactief te vervangen (cf. I. PETEL, 81, nr. 81 – deze auteur stelt dat zelfs een retroactiviteit gebaseerd op wilsovereenstemming niet kan worden aangewend voor de sanctionering van handelingen die voordien werden gesteld omdat de schuldenaar in het verleden nog niet kon weten dat de handelingen foutief waren).

<sup>1406</sup> Ph. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, thèse université Aix-Marseille III, 1981, 51, nr. 43; R. RODIERE, “Une notion menacée: la faute ordinaire dans les contrats”, *RTDC* 1954, 201, nr. 5; zie tevens I. PETEL, 83, nr. 83, *et seq.* De notie garantie kan verschillende betekenissen hebben: R.H.J. VAN BIJNEN, *Aanvullend contractenrecht*, Den Haag, BJU, 2005, 345-352.

vrijwaringsplicht beschermt de informatieverstrekker tegen vroegere tekortkomingen van zijn medecontractant zonder dat de *effective date* van de overeenkomst als dusdanig retroactief ingaat.

De retroactiviteit van de geheimhoudingsduur wordt, ook al is zij in principe overbodig, sporadisch bedongen om de geheimhoudingsplicht van een voorovereenkomst (in het onderstaande voorbeeld: van een *letter of intent*) naadloos te doen aansluiten op de geheimhoudingsafspraken van de definitieve overeenkomst:

“NIMH further agrees that this CRADA [d.i. een Cooperative Research and Development Agreement] also will have retroactive effect to the date that the last party has executed this Letter [of Intent] for confidentiality obligations specified in the National Institutes of Health (NIH) Model Crada. The NIH Model CRADA provisions for the protection of proprietary information are incorporated by reference and are considered controlling. These provisions include, but are not limited to Articles 2.7 and 8.1-8.7 [deze opsomming omvat onder meer de geheimhoudingsafspraken van de modelovereenkomst]”<sup>1407</sup>.

Hiermee verbinden de partijen zich bij het sluiten van de intentieverklaring tot het respecteren van de geheimhoudingsafspraken uit de modelovereenkomst. De *effective date* van de definitieve overeenkomst is het tijdstip waarop de laatste handtekening wordt gezet onder deze modelovereenkomst (art. 1 en 2.9 van de modelovereenkomst). De geheimhoudingsplicht wordt geacht vroeger te zijn ingegaan, namelijk op de *execution date* van de laatste handtekening onder de *Letter of Intent*. Deze retroactieve werking van de geheimhoudingsafspraken verhindert elke lacune in de contractuele bescherming tussen de datum waarop de intentieverklaring werd gesloten en de *effective date* van de uiteindelijke overeenkomst<sup>1408</sup>. Ook in dit geval is een retroactieve werking van de geheimhoudingsplicht echter niet onmisbaar. De geheimhoudingsafspraken uit de definitieve overeenkomst kunnen reeds in de voorovereenkomst worden opgenomen. Voorovereenkomsten kunnen immers evenzeer bindende afspraken bevatten, zelfs indien zij door de partijen formeel worden bestempeld als een *Letter of Intent* of een *Memorandum of Understanding*<sup>1409</sup>.

**397. Richtlijnen voor het stipuleren van retroactiviteit.** De retroactieve werking wordt verzekerd door duidelijk te stipuleren dat de geheimhoudingsafspraken zich met terugwerkende kracht uitstrekken tot de eertijds uitgewisselde informatie. De partijen hebben daarbij de keuze tussen de terugwerking van de geheimhoudingsplicht in de mate dat de informatie toen voldeed (vervroeging van de geheimhoudingsduur) resp. op het moment van de contractsluiting nog voldoet (vervroeging van het *disclosure window*) aan de contractuele omschrijving van het voorwerp van de

<sup>1407</sup> <http://intramural.nimh.nih.gov/techtran/pdf/lof.pdf>.

<sup>1408</sup> Zie voor een geval waar de geheimhoudingsplicht niet (manifest) naadloos bleek aan te sluiten op de nieuwe overeenkomst: OLG Köln (6. Zivilsenat) 30 juli 1997, Az.: 6 U 70/97, CR 1998 199, nr. 12. De eerste geheimhoudingsovereenkomst gold slechts totdat de beoogde samenwerkingsovereenkomst werd gesloten. De geheimhoudingsplicht zou vanaf dan afhangen van de regeling die werd getroffen in deze tweede overeenkomst. De rechter in kort geding stelde echter vast dat de geheimhoudingsplicht niet zonder meer was overgedragen naar de tweede overeenkomst ten aanzien van de informatie in kwestie.

<sup>1409</sup> L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, 34, nr. 23.

geheimhoudingsplicht. De volgende clausules zijn bijvoorbeeld te dubbelzinnig om een retroactieve werking van de geheimhoudingsplicht veilig te stellen:

**Voorbeeld:** “Prior to the execution of this agreement, the parties may have exchanged information considered confidential information, which shall be subject to the same treatment as confidential information exchanged after the execution of this agreement”.

“Any Confidential Information supplied by either party to the other prior to the execution of this Agreement shall be considered in the same manner and be subject to the same treatment as the Confidential Information made available after the execution of this agreement”.

De zinsnede “considered in the same manner” betekent dat de contractuele definitie van het voorwerp ook toe te passen is op informatie die werd uitgewisseld vóór de contractsluiting. De zinsnede “subject to the same treatment” impliceert dan weer dat de contractueel gedefinieerde geheimhoudingsplicht ook van toepassing is op deze informatie. Er wordt echter niet gestipuleerd dat deze geheimhoudingsplicht *ex tunc* geldt tot op het moment van de informatieverstrekking. De formulering “shall be” wijst er integendeel op dat alleen het *disclosure window* wordt vervroegd.

Omgekeerd kan de retroactieve werking van de geheimhoudingsduur uitdrukkelijk worden uitgesloten, zodat alleen het *disclosure window* wordt vervroegd:

**Voorbeeld:** “Scope of Agreement. This Agreement shall govern all Confidential Information heretofore provided by Advisor to Prospective Bidder, as well as all future offerings regarding Assets. Prospective Bidder expressly agrees to such retroactive application, provided, however, no breach of the obligations created by this Agreement, nor claims arising hereunder, shall be claimed for any actions of Prospective Bidder occurring prior to its execution hereof”<sup>1410</sup>.

De vervroeging van de aanvangsdatum van de geheimhoudingsplicht vereist aangepaste contractuele afspraken over de beëindigingsdatum. Zo is de duur van een geheimhoudingsplicht die bestemd is om *drie jaar na de informatieverstrekking* te eindigen niet gelijk aan een termijn van *drie jaar na de contractsluiting*. De retroactiviteit van het aanvangspunt schuift namelijk ook het eindpunt van de eerstgenoemde geheimhoudingsduur naar voren. De retroactieve inwerkingtreding heeft in die hypothese tot gevolg dat minstens een deel van de termijn wordt aangerekend op de verstreken periode tussen de contractsluiting en het tijdstip van de toenmalige informatieverstrekking. Deze retroactieve verrekening wordt vermeden door een stabiel ijkpunt te hanteren bij de vaststelling van de geheimhoudingsduur, zoals drie jaar vanaf het tijdstip van de contractsluiting of vanaf de beëindiging van de contractuele basisverhouding.

**398. Retroactiviteit en dwingende wettelijke bepalingen.** Uit het voorgaande blijkt dat de vermeende retroactiviteit van de geheimhoudingsafspraken evenzeer bereikbaar is via contractuele technieken met een werking *ex nunc*. Geheimhoudingsafspraken

---

<sup>1410</sup> <https://www.nlex.com/Auction/NLEXCA.pdf>.

met een reële terugwerkende kracht mogen hoe dan ook niet in strijd zijn met (de werking in de tijd van) dwingende wettelijke bepalingen die tijdelijke beperkingen opleggen aan de contractsvrijheid van de partijen. Artikel 3 van de Wet Precontractuele Informatie levert een concreet voorbeeld op van een dergelijke beperking (*supra* randnr. 160). Dit artikel stelt dat de persoon die het recht verstrekt minstens *één maand voor het sluiten van een commerciële samenwerkingsovereenkomst* een ontwerp van overeenkomst en een afzonderlijk document met een aantal verplichte vermeldingen moet overmaken aan zijn potentiële medecontractant. Vóór het verstrijken van die maand mag geen enkele verbintenis worden aangegaan of geen enkele betaling worden gevraagd of betaald. Deze bepaling is van toepassing niettegenstaande elke strijdige contractuele bepaling (art. 8 Wet Precontractuele Informatie).

De formulering van dit artikel impliceert dat de aanvang van het *disclosure window* na afloop van de beschermingsperiode retroactief mag worden vervroegd naar een tijdstip dat in of vóór deze bedenktijd valt, zodat de geheimhoudingsplicht wordt uitgebreid naar de informatie die toen werd uitgewisseld<sup>1411</sup>. Dit is immers een loutere uitbreiding *ex nunc* van het voorwerp van de geheimhoudingsplicht. Komt de retroactieve contractualisering van een *geheimhoudingsplicht* dan wel in conflict met de beperking van artikel 3 Wet Precontractuele Informatie? Strikt genomen is zelfs dat niet het geval. De wettekst koppelt de aanvang van de beschermingsperiode van één maand aan de overhandiging van het document met de verplichte precontractuele informatieverstrekking. Binnen die maand mogen geen verbintenissen worden aangegaan en mogen geen betalingen worden gevraagd of gedaan. Dit sluit niet uit dat de partijen na het verstrijken van de beschermingsperiode vrijwillig een overeenkomst onderschrijven die voorziet dat bepaalde afspraken retroactief in werking treden voordat de beschermingsperiode van één maand is verstreken (bv. op het moment van de informatieverstrekking). Partijen gaan deze verbintenis pas aan na afloop van de beschermingsperiode, ook al heeft zij betrekking op elementen uit een vroegere periode. Het doel van de wetgever blijft daarbij gerespecteerd. De nemer van het recht krijgt immers nog steeds één maand de tijd om de ontwerpovereenkomst te bestuderen voordat hij een beslissing neemt over de contractsluiting. Ook hier is een volwaardige retroactiviteit echter niet essentieel. Mogelijke inbreuken in de precontractuele fase kunnen namelijk *ex nunc* worden gecontractualiseerd in de vorm van een garantie.

Retroactiviteit is daarentegen steeds uit den boze wanneer zij tot doel heeft om contractuele verbintenissen of (vragen tot) betalingen te regulariseren die effectief in de beschermde periode tot stand zijn gekomen. In dat geval is de retroactiviteit niet meer dan een antidatering van een reeds ontstane rechtsverhouding. Dit miskent het contractsveto van artikel 3 Wet Precontractuele Informatie. De overeenkomst blijft ondanks dergelijke regularisatiepogingen vatbaar voor sanctionering op basis van de in artikel 5 Wet Precontractuele Informatie voorziene nietigheidsgrond.

---

<sup>1411</sup> Dit is overigens geen onmisbare vereiste voor de vrijwaring van het geheime karakter van de informatie. Artikel 6 Wet Precontractuele Informatie voorziet namelijk een wettelijke, buitencontractuele geheimhoudingsplicht.

### 3.2.2.2 Retroactiviteit in het octrooirecht

**399. Uitsluitend nieuwe uitvindingen zijn octrooieerbaar.** De retroactiviteit van de geheimhoudingsplicht wordt tevens aangeraden voor de vrijwaring van octrooiaanspraken<sup>1412</sup>. Uitsluitend nieuwe uitvindingen zijn octrooieerbaar. Een uitvinding is niet meer nieuw indien zij al behoort tot de stand van de techniek op het moment van de octrooiaanvraag (art. 54 Europees Octrooiverdrag; art. 5, §1 en 2 Wet op de uitvindingsoctrooien). De stand van de techniek is samengesteld uit alles wat vóór de datum van indiening van de octrooiaanvraag op om het even welke wijze of locatie publiek toegankelijk was<sup>1413</sup>.

Ter bescherming van de uitvinder wordt voorzien in enkele uitzonderingen op het principe dat een onthulling het nieuwe karakter van de uitvinding onmiddellijk teniet doet. De octrooieerbaarheid blijft enige tijd gevrijwaard indien de onthulling ten vroegste zes maanden voor de indiening van de octrooiaanvraag gebeurde en rechtstreeks of onrechtstreeks het gevolg is van (onder meer) een kennelijk misbruik ten opzichte van de aanvrager of indien de openbaarmaking plaatsvond op een tentoonstelling die voldoet aan bepaalde voorwaarden (art. 55 Europees Octrooiverdrag; art. 5, §5 Wet op de uitvindingsoctrooien). De flagrante miskenning van een geheimhoudingsplicht doet de octrooieerbaarheid dus niet per definitie onmiddellijk teniet.

**400. Impact van een geheimhoudingsplicht op de octrooieerbaarheid.** Zowel expliciete als impliciete geheimhoudingsplichten worden erkend als instrumenten die het publieke karakter van de onthulling aan de geheimplichtige informatieverkrijger teniet doen<sup>1414</sup>. Zij beschermen de nieuwigheid van de uitvinding zolang zij worden

---

<sup>1412</sup> M. ANDERSON en S. KEEVEY-KOTHARI, *Drafting confidentiality agreements*, 59. *Mutatis mutandis* gelden deze adviezen ook voor andere vormen van intellectuele eigendom die nieuwigheid impliceren zoals tekeningen en modellen (art. 3.1, 1 en 3.3 Benelux-verdrag inzake de intellectuele eigendom van 25 februari 2005, omgezet door de Wet van 22 maart 2006 houdende instemming met het Benelux-Verdrag inzake de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen), BS 26 april 2006).

<sup>1413</sup> European Patent Office, *Directives relatives à l'examen pratiqué à l'office européen des brevets*, 2005, C IV-15; J.M. MOUSSERON, *Traité des brevets*, 1984, 249-280; M. BUYDENS, *Droit des brevets d'invention et protection du savoir-faire* in *Création Information Communication*, Brussel, Larcier, 1999, 55-60; F. GOTZEN en M.-C. JANSSENS, *Wegwijs in het Intellectueel eigendomsrecht* in *Collectie bedrijfsrecht*, Brugge, Vanden Broele, 2007, 197-199; F. DE VISSCHER, "Brevets et savoir-faire" in D. KAESMACHER (ed.), *Les droits intellectuels* in *Répertoire notarial 2 Les biens* 5, Brussel, Larcier, 2007, 265, nr. 232.

<sup>1414</sup> European Patent Office (ed.), *Directives relatives à l'examen pratiqué à l'office européen des brevets*, 2005, D V-3; Zie onder meer EPO Board of Appeal 23 juli 1993, T 0830/90; EPO Board of Appeal 28 juli 1992, T 0877/90, overweging 2.1.5; EPO Board of Appeal 5 juli 1994, T 0462/91; EPO Board of Appeal 13 september 1994, T 0602/91 (waarin onder meer wordt vastgesteld dat een impliciete geheimhoudingsplicht mogelijk is tussen een opdrachtgever en een aannemer); EPO Board of Appeal 16 september 1997, T 0721/95, overweging 3.4 (impliciete geheimhoudingsplicht is mogelijk indien de betrokkenen gemeenschappelijke belangen hebben bij de geheimhouding); EPO Board of Appeal 16 augustus 2004, T 1028/01 (impliciete geheimhoudingsplicht); EPO Board of Appeal 24 maart 2000, T 0573/96, overweging 3.2 (impliciete geheimhoudingsplicht is mogelijk). Cf. art. 3.3 van het Benelux-Verdrag inzake de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen) van 25 februari 2005. De miskenning van de geheimhoudingsplicht resulteert tevens in een situatie van manifest misbruik van het vertrouwen dat de uitvinder in de geheimplichtige derde heeft gesteld (cf. art. 5,5§ Wet op de uitvindingsoctrooien).

gerespecteerd<sup>1415</sup>. Bij gebrek aan dergelijke geheimhoudingsplichten staat het de derde daarentegen vrij om de informatie te verspreiden, zodat zij publiek toegankelijk kan zijn.

**401. Principieel onherroepelijk karakter van een publieke toegang.** Het nieuwe karakter van de uitvinding gaat *onherroepelijk* verloren zodra zij toegankelijk wordt voor leden van het publiek zonder gekoppeld te zijn aan een geheimhoudingsplicht. De uitvinder kan de stand van de techniek niet *de jure* terugdringen naar een vroegere stand van zaken door de latere opheffing van de publieke toegang. De definitie van nieuwheid vereist met andere woorden niet dat de publieke toegankelijkheid nog beschikbaar is op het moment van de octrooiaanvraag<sup>1416</sup>. Dit is een logisch gevolg van de premisse dat de theoretische mogelijkheid tot (legitieme) kennisname door het publiek geldt als onthulling. Zo volstaat het niet om via het internet beschikbare documenten te verwijderen opdat zij zouden verdwijnen uit de *state of the art*<sup>1417</sup>. Dit neemt niet weg dat het in de praktijk de moeite waard kan zijn om dergelijke reactieve beschermingsmaatregelen te nemen. Zij leiden tot quasi-onoverkomelijke bewijsproblemen voor de precieze datum waarop de documenten beschikbaar waren (nl. vóór of na de octrooiaanvraag) en dit speelt in het voordeel van de octrooiaanvrager. Het wordt in die hypothese namelijk moeilijk om aan te tonen dat de uitvinding al deel uitmaakt van de stand van de techniek, terwijl dit met zekerheid moet vaststaan om het nieuwe karakter van de uitvinding te weerleggen<sup>1418</sup>.

**402. Draagwijdte van de notie publieke toegang.** Het publiek is samengesteld uit alle “geïnteresseerde”<sup>1419</sup> derden. Eigen kennis van de uitvinder of strikt bedrijfsinterne kennis behoort niet tot de stand van de techniek<sup>1420</sup>. Derden die

---

<sup>1415</sup> J.M. MOUSSERON, *Traité des brevets*, 1984, 266, nr. 244 (“il n’y a pas divulgation à communiquer une information à une personne tenue au secret qui bavardera car, seul, son bavardage vaudra divulgation”).

<sup>1416</sup> Er worden bijvoorbeeld geen “brevets de résurrection” of “réinvention” toegekend. Een eerdere uitvinding blijft deel uitmaken van de *state of the art* ook al is de kennis in de tussentijd verloren gegaan (Frankrijk: J.M. MOUSSERON, *Traité des brevets*, 1984, 256, nr. 237; J. SCHMIDT-SZALEWSKI, “Fasc. 170: nouveauté”, *JurisClasseur Brevets*, 1992, nr. 40; België: M. BUYDENS, *Droit des brevets d’invention et protection du savoir-faire* in *Création Information Communication*, Brussel, Larcier, 1999, 58, nr. 109; V. CASSIERS, “Logiciel, création commerciale et brevet” in B. REMICHE (ed.), *Brevet, innovation et intérêt général*, Brussel, Larcier, 2007, (231) 293, nr. 63; zie nog anders m.b.t. tekeningen en modellen de beslissing aangehaald in G. VAN HECKE, F. GOTZEN en J. VAN HOOFF, “Overzicht van rechtspraak industriële eigendom, auteursrecht 1975-1990”, *TPR* 1990, (1781) 1824-1825, nr. 93).

<sup>1417</sup> EPO Board of Appeal 16 januari 2007, T 1134/06. Publicaties op het internet kampen wel met praktische bewijsproblemen inzake de datum van de beschikbaarheid of, indien ze in de tussentijd werden verwijderd, inzake de datum van hun verwijdering.

<sup>1418</sup> J. SCHMIDT-SZALEWSKI, “Fasc. 170: nouveauté”, *JurisClasseur Brevets*, 1992, nr. 59; M. BUYDENS, *Droit des brevets d’invention et protection du savoir-faire* in *Création Information Communication*, Brussel, Larcier, 1999, 55, nr. 104 en 56, nr. 106; B. DE VUYST, *Handboek octrooien*, Brugge, die Keure, 2006, 38, nr. 73.

<sup>1419</sup> EPO Board of Appeal 28 augustus 1989, T 0300/86, *RCA Corporation / Interesseng. F. Rundfunk*, overwegingen 2.1 (“The group of persons to be taken into account as the public within the meaning of Article 54(2) EPC is naturally defined by the circle of persons to whom the content of the document may be of interest”).

<sup>1420</sup> EPO Board of Appeal, 16 januari 1990, T 0405/86, overweging 3.2; EPO Board of Appeal 3 mei 1994 T 0654/92, overweging 4; vgl. EPO Board of Appeal 10 september 2003, 1001/98. De uitvinder



onderworpen zijn aan een geheimhoudingsplicht behoren (met uitzondering van de zogenaamde publieke geheimen – *infra* randnr. 404) niet tot het publiek. De rechtspraak van de *Boards of Appeal* van het Europese *Patent office* beschouwt de informatie als publiek toegankelijk van zodra minstens *één* geïnteresseerde persoon (die nog geen kennis heeft van de uitvinding) op legitieme wijze een potentiële toegang heeft tot de informatie zonder onderworpen te zijn aan een geheimhoudingsplicht<sup>1421</sup>.

Deze potentiële toegang doet de nieuwigheid van de uitvinding teniet indien de beschikbare informatie een vakman<sup>1422</sup> uit de relevante sector met een normaal kennisniveau zou toelaten om de uitvinding naderhand in de praktijk om te zetten<sup>1423</sup>. Het is niet vereist dat een relevant lid van het publiek zich *in concreto* daadwerkelijk bewust was van de mogelijkheid tot toegang, laat staan dat geïnteresseerde derden effectief gebruik zouden hebben gemaakt van de toegankelijkheid. De theoretische mogelijkheid van deze gebeurtenissen volstaat<sup>1424</sup>.

---

kan bezwaarlijk als derde worden aangemerkt, terwijl het personeel van een onderneming minstens tot aan de beëindiging van hun dienstbetrekking gehouden is aan een discretieplicht.

<sup>1421</sup> EUROPEAN PATENT OFFICE (ed.), *Case Law of the Boards of Appeal*, Brussel, EPO, 2010, 75-76; EPO Board of Appeal 10 oktober 2000, T 0011/99, K.D. Pharma Bexbach GmbH / Norsk Hydro ASA, overweging 1.2.2 (“Information ist der Öffentlichkeit bereits dann zugänglich, wenn auch nur ein einziges Mitglied der Öffentlichkeit die Möglichkeit hatte, die Information zu erlangen und zu verstehen, und diese Person keiner Geheimhaltungsverpflichtung unterlag”). EPO Board of Appeal 28 juli 1992, T 0877/90; EPO Board of Appeals 27 augustus 1992, T 0228/91, overweging 2; en EPO Board of Appeals 13 februari 1997, T 0292/93, overweging 2; EPO Board of Appeal 28 juli 1992, T 0877/90, 2.1.5 (“It is plausible that the meetings at [...] were not open to everybody, because only certain persons were invited to participate. Those, however, were not subject to a secrecy agreement. So the oral disclosure of the meetings was freely available to the public.”). Schmidt-Szalewski gaat uit van deze interpretatie (J. SCHMIDT-SZALEWSKI, “Fasc. 170: nouveauté”, *JurisClasseur Brevets*, 1992, nr. 18: “l’antériorité est [...] constituée, des lors que l’invention est apprise ne serait-ce que par une seule personne non tenue au secret”); zie ook B. REMICHE en V. CASSIERS, *Droit des brevets d’invention et du savoir-faire*, Brussel, Larcier, 2010, 95.

<sup>1422</sup> EPO Board of Appeal 27 november 2003, T 0947/99, overweging 10.1; EPO Board of Appeal 12 mei 1992, T 0953/90, overweging 2.

<sup>1423</sup> European Patent Office, *Directives relatives à l’examen pratiqué à l’office européen des brevets*, 2005, C IV-16 en IV-21-24; J. SCHMIDT-SZALEWSKI, “Fasc. 170: nouveauté”, *JurisClasseur Brevets*, 1992, nr. 13-14. De informatieverstrekking hoeft *niet* rechtstreeks aan de vakman te gebeuren. Het volstaat dat de informatie bij hem zou kunnen belanden op een manier die hem toelaat om de uitvinding te dupliceren. Dit is niet het geval bij een mondelinge mededeling of demonstratie van de uitvinding aan een persoon die niet de relevante competenties heeft en de uitvinding bijgevolg niet kan begrijpen (EPO Board of Appeal 28 juli 1992, T 0877/90, 2.1.6: “an oral disclosure before a skilled person makes it ‘public’ in the sense that the skilled person is able to understand the oral disclosure and is potentially able to distribute it further to other skilled members of the public. Had the oral disclosure taken place before a circle of persons, all of whom were unable to understand its technical teaching, it could be argued that the disclosure had not been made available to the public because the teaching would not have been understood by the audience”).

<sup>1424</sup> EPO Board of Appeal 28 november 2008, T 355/07, overweging 3 (“The theoretical possibility of having access on 26 November 1998 to the information contained in document D2 renders it available to the public as of said date, it is not relevant whether on that date a member of the public actually inspected the file”); EPO Board of Appeal 27 november 2003, T 0947/99, overweging 10.2; zie verder EPO Board of Appeal 29 september 1983, T 0084/83, overweging 2.4 *et seq.*; Frankrijk: J.M. MOUSSERON, *Traité des brevets*, 1984, 266, nr. 244; J. SCHMIDT-SZALEWSKI, “Fasc. 170: nouveauté”, *JurisClasseur Brevets*, 1992, nr. 18.

Een voorbeeld kan dit verduidelijken. De verspreiding van een uitvinding in een lokale Deense krant leidt tot een publieke toegankelijkheid<sup>1425</sup>. De uitvinder heeft de informatie immers zonder discriminatie bekendgemaakt aan elke lezer van de krant. In de praktijk zullen waarschijnlijk alleen Deense lezers deze krant in handen krijgen en zal deze krant misschien niet eens in het bezit komen van personen *skilled in the art*. Dit zijn echter louter feitelijke overwegingen die niet wegnemen dat de uitvinding *in abstracto* toegankelijk was voor personen die in staat zouden zijn om haar te begrijpen.

**403. Invloed van de uitdoving van een geheimhoudingsplicht op de octrooieerbaarheid.** Men kan zich afvragen wat de weerslag van een uitgedoofde geheimhoudingsplicht is op de octrooieerbaarheid van de uitvinding. Zoals vastgesteld, gaat het octrooieerbare karakter van de uitvinding volgens de rechtspraak teniet van zodra de informatie toegankelijk is voor minstens één lid van het publiek die niet gehouden is tot geheimhouding. De uitdoving van een geheimhoudingsplicht voldoet strikt genomen aan deze criteria zelfs indien deze persoon op zijn beurt beslist om de informatie niet publiek te maken. De informatieverstreking heeft immers (op termijn) geleid tot een persoon die kennis heeft van de informatie zonder (nog) onderworpen te zijn aan een geheimhoudingsplicht. Een alternatieve analyse is echter dat de notie van de publieke toegankelijkheid moet worden beoordeeld op het moment van de informatieverkrijging<sup>1426</sup>. Er is geen publieke toegankelijkheid indien de informatieverkrijger in kwestie *op dat moment* onderworpen is aan een geheimhoudingsplicht. Hieruit kan niet *a contrario* worden afgeleid dat de verdwijning van deze persoonlijke geheimhoudingsplicht als dusdanig zou leiden tot het ontstaan van een publieke toegang of toegankelijkheid. De oorspronkelijke geheimplichtige kan immers beslissen om zich voortaan te gedragen als een zelfstandige meester van het geheim. Er is pas sprake van een onthulling indien de informatieverkrijger de informatie zelf publiek toegankelijk maakt. De loutere uitdoving van een geheimhoudingsplicht heeft bijgevolg geen invloed op de stand van de techniek. Er moet een bijkomende handeling worden gesteld die de informatie daadwerkelijk ter beschikking stelt aan minstens één lid van het publiek, d.w.z. aan minstens één persoon die niet gebonden is aan een geheimhoudingsplicht op het moment van de informatieverstreking<sup>1427</sup>.

**404. Invloed van een “publiek geheim” op de octrooieerbaarheid.** Het aantal geheimplichtigen waaraan de informatie wordt meegedeeld is op juridisch vlak in principe niet relevant voor de beoordeling van de effectiviteit van de geheimhoudingsplicht in de uitsluiting van publieke toegankelijkheid. Een mededeling aan een groot aantal geheimplichtige personen impliceert nog niet dat een organisatie niet in staat is om het geheim te bewaren<sup>1428</sup>. De situatie waarbij de informatie wordt meegedeeld aan vele geheimplichtigen is echter te onderscheiden

<sup>1425</sup> EPO Board of Appeal 30 mei 2000, T 165/96, overwegingen 1.1.1.1 en 1.1.1.3.

<sup>1426</sup> EPO Boards of Appeal 27 september 2004, T 1081/01.

<sup>1427</sup> EPO Boards of Appeal 27 september 2004, T 1081/01. Zie ook EPO Board of Appeal 11 mei 1993 T 842/91, aangehaald in EUROPEAN PATENT OFFICE (ed.), *Case Law of the Boards of Appeal*, Brussel, EPO, 2006, 52 (toestemming om een tekst te publiceren maakt deze tekst als dusdanig nog niet toegankelijk voor het publiek).

<sup>1428</sup> EPO Board of Appeal 1 juli 2004, T 0803/98, overweging 2.4; vgl. J.M. MOUSSERON, *Traité des brevets*, 1984, 266, nr. 244.

van de situatie waarin de informatie een “publiek toegankelijk geheim” is. De bereidheid tot terbeschikkingstelling van de informatie in ruil voor een geheimhoudingsplicht is in deze hypothese zo omvangrijk dat elke geïnteresseerde persoon gebruik zou kunnen maken van deze toegang mits aanvaarding van een verspreidingsverbod of mits betaling van een geldsom. Dergelijke publieke geheimen tasten het nieuwe karakter van de uitvinding wel aan indien het de informatieverkrijger vrijstaat om de informatie te gebruiken voor zijn eigen doeleinden, ook al vereist de daadwerkelijke toegang de aanvaarding van de andere opgesomde beperkingen<sup>1429</sup>. Deze beperkingen nemen namelijk niet weg dat de informatie via de oorspronkelijke bron rechtstreeks toegankelijk is voor *elke* geïnteresseerde.

**405. Vrijwaring van het nieuwe karakter via retroactieve inwerkingtreding van een geheimhoudingsplicht?**

Het doel van een *retroactieve* geheimhoudingsplicht zou zijn om het verlies van de nieuwigheid wegens de publieke toegankelijkheid te remediëren. Dit wordt getracht door naderhand een rechtstoestand te scheppen waarbij de informatieverkrijger contractueel wordt geacht steeds verplicht te zijn geweest tot geheimhouding (en m.a.w. geen lid van het publiek te zijn geweest ten tijde van de informatieverstreking). Men stuit daarbij op het probleem dat noties zoals de “stand van de techniek” en “openbare toegankelijkheid” een wettelijke betekenis hebben die buiten het bereik van de partijen ligt. Het volstaat niet om vast te stellen dat de partijen gebruik hebben gemaakt van hun contractsvrijheid om een geheimhoudingsplicht retroactief te laten ingaan. De retroactiviteit is immers een juridische fictie die, wanneer zij contractueel van aard is, alleen gevolgen teweegbrengt tussen de partijen (art. 1165 BW). Er moet ook worden nagegaan of deze contractuele retroactiviteit in staat is om de juridische gevolgen van een eerdere openbaarmaking van de uitvinding effectief ongedaan te maken. Dit blijkt niet het geval te zijn aangezien de kwalificatie van een persoon als lid van het publiek wordt bepaald op het moment van de informatieverstreking.

**406. Bevestiging van een geheimhoudingsplicht.** Een geheimhoudingsovereenkomst mag wel steeds worden *aangewend voor de bevestiging van een geheimhoudingsplicht die reeds bestond ten tijde van de informatieverstreking*. Deze rechtshandeling heeft slechts tot gevolg dat de geheimhoudingsplicht uitdrukkelijk wordt vastgelegd indien zij impliciet was (of mondeling was aangegaan) en dat zij wordt gecontractualiseerd indien zij buitencontractueel was. Er is hierbij *geen retroactieve werking* -zij is althans niet vereist- aangezien de informatieverkrijger wel degelijk onderworpen was aan een geheimhoudingsplicht op het moment van de informatieverstreking, behalve dan in de hypothese waarin de partijen de voorafbestaande geheimhoudingsplicht simuleren. Een dergelijke antidatering leidt in de praktijk tot quasi-onoverkomelijke bewijsmoeilijkheden voor de partij die zich verzet tegen de toekenning van het octrooi. Het bewijs dat een informatieverkrijger niet onderworpen was aan een geheimhoudingsplicht is immers moeilijk te leveren

---

<sup>1429</sup> EPO Board of Appeal 29 juni 2004, T 0050/02, *Daikin Industries Ltd. / Solvay SA*, overwegingen 2.3.3-2.6; EPO Board of Appeal 22 juli 2002, T 1030/00. Zie nog anders: EPO Board of Appeal 28 augustus 1989, T 0300/86, *RCA Corporation / Interesseng. F. Rundfunk*, overwegingen 2.4-2.6.

indien deze informatieverkrijger bereidwillig meewerkt aan een antidatering van de geheimhoudingsplicht.

### 3.2.3 Aanvang na de contractsluiting

**407.** Verschillende omstandigheden kunnen de inwerkingtreding van de geheimhoudingsplicht uitstellen naar een latere datum die te situeren is in het tijdvak na de contractsluiting.

#### 3.2.3.1 Na de contractsluiting, vanaf de informatieverstrekking

**408. Uitgestelde informatieverstrekking.** De inwerkingtreding van de geheimhoudingsplicht is uitgesteld indien de informatie niet op het moment van de contractsluiting zelf, maar pas na de uiteindelijke contractsluiting wordt meegedeeld. De verbintenis tot geheimhouding vangt in die hypothese pas aan vanaf de effectieve mededeling. Deze opschorting brengt de geldigheid van de verbintenis niet in het gedrang aangezien verbintenissen ook toekomstige zaken als voorwerp mogen hebben (*supra* randnr. 239).

**409. Contractuele omkadering van onderhandelingen.** Partijen kunnen een geheimhoudingsovereenkomst aangaan voor de geheimhouding van hun geplande besprekingen. De geheimhoudingsplicht treedt daarbij pas in werking indien en voorzover de onderhandelingen van start gaan. Zij treedt wel eerder in werking indien het voorwerp van de geheimhoudingsplicht niet alleen de inhoud, maar ook het feit van de (geplande) onderhandelingen omvat. In die hypothese verbinden de partijen zich reeds op het moment van de contractsluiting tot een opeisbare prestatie, meer bepaald tot de geheimhouding van hun intentie tot onderhandelen.

#### 3.2.3.2 Na de contractsluiting, na de informatieverstrekking?

**410. Uitgestelde geheimhoudingsplichten na de informatieverstrekking zijn in beginsel uitgesloten.** De opschorting van een geheimhoudingsplicht impliceert dat de vertrouwelijke informatie nog niet werd verstrekt of dat de partij aan wie deze informatie werd verstrekt gehouden reeds tot geheimhouding verplicht is op basis van een andere grondslag. Een uitgestelde contractuele bescherming wordt immers zo goed als zinloos indien de informatieverkrijger kennis krijgt van de informatie zonder dat er ook maar enige corresponderende geheimhoudingsplicht op hem rust<sup>1430</sup>. Het zou de informatieontvanger immers vrijstaan om de informatie zonder enige beperking (uitgezonderd rechtsmisbruik) te verspreiden of te gebruiken. Deze vrijheid riskeert het geheime karakter teniet te doen voordat de geheimhoudingsplicht in werking treedt. Een uitstel van de inwerkingtreding van de geheimhoudingsplicht zonder corresponderend uitstel van het recht op de informatie is kortom niet verenigbaar met de aard van deze verplichting omdat dit riskeert te leiden tot afstel.

---

<sup>1430</sup> Vgl. de overwegingen bij M. LEFRANÇOIS, 195.

Het hoeft daarom niet te verbazen dat contractuele relaties die op het eerste gezicht resulteren in informatieverstrekingen met een uitgestelde geheimhoudingsplicht bij nader inzicht toch gedekt blijken door een actieve (d.i. niet-opgeschorte) geheimhoudingsplicht. Dit is het geval voor de verplichting tot bevestiging van (mondeling) meegedeelde informatie en geldt in de meeste gevallen ook bij postcontractuele geheimhoudingsplichten.

**411. Uitgestelde bevestiging van (mondeling) meegedeelde informatie.** De verstrekking van informatie leidt tot bewijsproblemen voor elke betrokkenen partij. De *informatieverstrekker* moet bewijzen dat hij de informatie heeft meegedeeld, terwijl de informatieverkrijger zich mogelijk wenst te verzetten tegen de bewering dat de informatie op een bepaalde datum werd meegedeeld of dat zij effectief vertrouwelijk was (in plaats van bv. reeds bekend aan de informatieontvanger op die datum). Bij gebrek aan een *paper trail* is er vooral een risico op bewijsmoeilijkheden bij mondelinge informatieverstrekingen. Het vluchtige karakter van dit medium wordt geremedieerd door te bedingen dat één van de partijen binnen een bepaalde periode een schriftelijke neerslag moet opstellen van de mondeling meegedeelde informatie (*supra* randnr. 265).

Hoe verhoudt deze techniek zich met de vaststelling dat een uitgestelde geheimhoudingsplicht het risico loopt om volledig ineffectief te zijn? Er is geen lacune in de bescherming wanneer men aanvaardt dat de geheimhoudingsplicht ontstaat van zodra de informatie werd verstrekt en dat de schriftelijke bevestiging uitsluitend gebeurt voor bewijdsdoeleinden. De opschriftstelling is in die hypothese niet meer dan de uitgestelde bevestiging van een reeds bestaande en opeisbare geheimhoudingsplicht. De partijen kunnen dit uitdrukkelijk stipuleren door te stellen dat de mondeling meegedeelde informatie een vertrouwelijk karakter heeft niettegenstaande de niet-naleving van de kennisgevingsplicht.

**Voorbeeld:** “All information disclosed hereunder shall be deemed to be Confidential Information of the disclosing party, provided that written Confidential Information is clearly and conspicuously marked as such. Orally disclosed information shall be considered Confidential Information if identified as confidential at the time of disclosure, and its confidential nature is confirmed in writing within a reasonable time after disclosure; however, failure of the disclosing party to provide such written confirmation will not affect the confidential nature of the Confidential Information”<sup>1431</sup>.

“8.1 If confidential Information is disclosed orally, it must be confirmed in writing by the Discloser within thirty (30) days of the date of the oral disclosure. 8.2 This agreement shall apply to an oral disclosure, whether or not it is confirmed in writing pursuant to clause 8.1”<sup>1432</sup>.

Bij ondoordacht opgestelde clausules bestaat het gevaar dat de bevestigingsplicht wordt geformuleerd als een constitutief element voor het ontstaan of de activering van de geheimhoudingsplicht. Of dit het geval is in een concreet geval hangt af van de wil van de partijen (*cf. supra* randnr. 267). De rechter is verplicht om de

<sup>1431</sup> <http://www.npiservices.com/pdf/NDA.pdf>.

<sup>1432</sup> <http://www.cdu.edu.au/businessdevelopment/documents/15%20Confidentiality%20Agreement.pdf>.

gemeenschappelijke bedoeling van de contracterende partijen na te gaan (artikel 1156 BW). Hij miskent de *bindende kracht van de overeenkomst* indien hij zijn eigen oordeel in de plaats stelt van de wil van de partijen. Dit betekent niet dat de rechter zich bij zijn tussenkomst moet beperken tot een letterlijke lezing van de schriftelijke neerslag van de overeenkomst. Deze neerslag stemt niet noodzakelijk perfect overeen met wat de partijen werkelijk gewild hebben. Het is niet meer dan een poging om de partijwil weer te geven en deze poging kan onduidelijk zijn of lacunes bevatten. Deze onvolkomenheden moeten worden weggewerkt door de interpretatie of aanvulling van de partijwil.

De reële wil van de partijen kan worden vastgesteld aan de hand van alle relevante interne<sup>1433</sup> en externe elementen<sup>1434</sup>. De feitenrechter stelt deze wil soeverein vast<sup>1435</sup>. Hij mag de akte echter niet doen liegen, d.i. de overeenkomst uitleggen op een manier die onverenigbaar is met de bewoordingen<sup>1436</sup> ervan. Dit miskent de *bewijskracht van de akte*<sup>1437</sup> in de gevallen waarin het bewijs wettelijk geregeld is<sup>1438</sup>. De akte wordt immers net opgesteld als bewijs van de partijwil zodat de rechter deze niet naast zich neer mag leggen. Dit leidt tot een spanningsveld tussen enerzijds de verplichting om bindende kracht van de overeenkomst te respecteren door de reële wil van de partijen na te gaan en anderzijds de verplichting om de wettelijke bewijskracht van de akte te respecteren door zich te houden aan de bewoordingen ervan. Het verbod om de akte te doen liegen, mag daarbij niet worden opgevat als een verplichting voor de bodemrechter om zijn interpretatie uitsluitend te baseren op de letter van de akte, bijvoorbeeld in de zin van de gebruikelijke betekenis van de bewoordingen. De werkelijke bedoeling van de partijen is immers niet noodzakelijk op de meest nauwkeurige wijze geformuleerd in deze akte. Bovendien kan de werkelijke partijwil afwijken van het gebruikelijke<sup>1439</sup>. De rechter die uitsluitend de (gebruikelijke betekenis van de) letterlijke bewoordingen hanteert als toetssteen riskeert daarom zijn

<sup>1433</sup> Bv. uit de “economie” van de overeenkomst: Cass. 25 maart 1965, *Pas.* 1965, I, 788; Cass. 20 september 1957, *Arr. Cass.* 1958, 14.

<sup>1434</sup> Cass. 25 november 2004, *Pas.* 2004, 1858; Cass. 6 oktober 1997, *Arr. Cass.* 1997, 940

<sup>1435</sup> Cass. 25 maart 1982, *Arr. Cass.* 1981-82, 921; Cass. 9 november 1962, *Pas.* 1963, I, 316; Cass. 7 mei 1998, *Arr. Cass.* 1998, 494; Cass. 9 oktober 1978, *Arr. Cass.* 1978-79, 156; Cass. 5 november 1976, *Arr. Cass.* 1977, 268; Cass. 26 februari 1971, *Arr. Cass.* 1971, 616; Cass. 19 februari 1987, *Arr. Cass.* 1986-87, 817; Cass. 9 november 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, 288.

<sup>1436</sup> Zie uitgebreid over de interpretatie door de feitenrechter, de toetsing daarvan door het Hof van Cassatie en de evolutie in de gehanteerde terminologie: W. DE BONDT, “Uitlegging van overeenkomsten naar de geest: mogelijkheden, grenzen en alternatieven”, *RW* 1996-97, 1001-1017.

<sup>1437</sup> Cass. 24 september 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 1131; Cass. 6 oktober 1997, *Arr. Cass.* 1997, 940; Cass. 3 januari 1997, *Arr. Cass.* 1997, 8; Cass. 10 januari 1994, *Arr. Cass.* 1994, 16; Cass. 2 april 1979, *Arr. Cass.* 1978-79, 908; Cass. 10 november 1978, *Arr. Cass.* 1978-79, 297; Cass. 28 januari 1976, *Arr. Cass.* 1976, 623; Cass. 15 oktober 1968, *Arr. Cass.* 1969, 184; Cass. 10 juni 1965, *Pas.* 1965, I, 1090.

<sup>1438</sup> Uitdrukkelijk in die zin: Cass. 3 januari 1997, *Arr. Cass.* 1997, 8. In handelszaken is het bewijs “vrij” en beschikken de partijen over meer beweegruimte om de reële draagwijdte van de overeenkomst aan te tonen (zie voor een overzicht: L. FREDERICQ, *Handboek van Belgisch Handelsrecht*, Brussel, Bruylant, 1976, I, 250, nr. 217; A. CLABOTS, “Titel IV Bewijs van handelsverbintenissen – Commentaar bij art. 25 W. Kh.” in *Artikelsgewijze commentaar Handelsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2001, afl. 19, losbl.

<sup>1439</sup> Cf. Cass. 20 december 2007, *TBH* 2008, 452, noot L. VAN VALCKENBORGH (“De uitleggingsbevoegdheid van de rechter is niet beperkt tot de gewone betekenis van de gebruikte bewoordingen aangezien een partij zich op onbeholpen wijze kan uitdrukken”).

eigen oordeel in de plaats van de partijwil te stellen. Er is dan ook geen betwisting over het feit dat de bodemrechter alle relevante elementen mag betrekken bij de uitlegging van de akte. Dit kan resulteren in een interpretatie die strijdig is met de strikte letter van de akte *zonder dat zij de bewijskracht van deze akte of de bindende kracht van de overeenkomst miskent*<sup>1440</sup>.

Het Hof van Cassatie beperkt zich bij conflicten die voortvloeien uit het spanningsveld tussen de werkelijke en de verklaarde wil tot een marginale toetsing van het oordeel van de bodemrechter. Dumon stelde daarbij dat het Hof de interpretatieoefening van de rechter volledig kan overdoen om te oordelen of de rechter geen manifest onmogelijke interpretatie heeft gekozen uit *alle mogelijke interpretaties*<sup>1441</sup>. Krings poneerde daarop de stelling dat het Hof de rechterlijke interpretatieoefening niet integraal kan overdoen omdat het dan in een beoordeling van de feiten treedt<sup>1442</sup>. Het Hof dient de interpretatie van de bodemrechter slechts te toetsen aan de termen van de overeenkomst<sup>1443</sup> en vervolgens na te gaan of de interpretatie die de bodemrechter heeft bereikt op basis van alle relevante elementen verenigbaar is met de *(gebruikelijke betekenis van de) in de akte opgenomen bewoordingen*. De bodemrechter kan afwijken van die gebruikelijke betekenis, maar hij moet dit op afdoende wijze motiveren (door bv. te verwijzen naar de geest van de akte)<sup>1444</sup> uit respect voor de bewijskracht van de akte. Hij moet zich vervolgens uit respect voor de bindende kracht van de overeenkomst consequent houden aan die interpretatie door er de juiste rechtsgevolgen uit af te leiden<sup>1445</sup>. Bij de toetsing van de motivering gaat het Hof na of de gekozen interpretatie niet onmogelijk is in het licht van de *interpretatiewerkzaamheden van de bodemrechter* – dus zonder een nieuw onderzoek van de feiten als dusdanig (het Hof zal hooguit toetsen of de wet correct werd toegepast bij de bewijsgaring). De toetsing blijft ook hier marginaal. Het Hof kan zijn eigen beslissing niet in de plaats stellen. Het zal de beslissing niet verbreken

<sup>1440</sup> Cf. Cass. 25 november 2004, *Pas.* 2004, 1858; Cass. 9 november 1962, *Pas.* 1963, I, 316; Cass. 31 maart 1993, *Arr. Cass.* 1993, 344; Cass. 24 september 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 1131.

<sup>1441</sup> F. DUMON, “De motivering van de vonnissen en arresten en de bewijskracht van de akten”, *RW* 1978-1979, (258) 291 en 310-312.

<sup>1442</sup> E. KRINGS, Conclusie onder Cass. 13 mei 1988, *Arr. Cass.* 1987-88, (1196) 1207.

<sup>1443</sup> Cf. F. DUMON, (258) 310; Cass. 4 april 1941, *Pas.* 1941, I, 120; Cass. 23 september 1943, *Pas.* 1941, I, 120; Cass. 11 maart 1960, *Pas.* 1960, I, 808; Cass. 27 mei 1960, *Arr. Cass.* 1960, 865; Cass. 3 februari 1978, *Arr. Cass.* 1978, 667; Cass. 6 september 1979, *Arr. Cass.* 1979-80, 11; Cass. 18 februari 1977, *Arr. Cass.* 1977, 675; Cass. 27 juni 1975, *Arr. Cass.* 1975, 1163; Cass. 28 januari 1976, *Arr. Cass.* 1976, 623; Cass. 8 maart 1968, *Arr. Cass.* 1968, 903; Cass. 24 september 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 1131; Cass. 31 maart 1993, *Arr. Cass.* 1993, 344; Cass. 6 december 1996, *Arr. Cass.* 1996, 1169.

<sup>1444</sup> Cass. 9 november 1962, *Pas.* 1963, I, 316; Cass. 24 september 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 1131; Rb. Hasselt 20 januari 2003, *RW* 2006-07, 1367 (subjectieve betekenis heeft voorrang op technisch-juridische betekenis van de gehanteerde terminologie). W. DE BONDT, “Uitlegging van overeenkomsten naar de geest: mogelijkheden, grenzen en alternatieven”, *RW* 1996-97, (1001) 1006-1007. Zie tevens Brussel 28 september 1989, *TBH* 1990, 675, noot P. KILESTE.

<sup>1445</sup> Cf. Cass. 6 september 1979, *Arr. Cass.* 1979-80, 11; Cass. 23 september 1991, *Arr. Cass.* 1991-92, 83; Cass. 29 februari 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, 821; Cass. 16 juni 1983, *Arr. Cass.* 1982-83, 1276; Cass. 1 februari 1980, *Arr. Cass.* 1979-80, 652; Cass. 25 mei 1979, *Arr. Cass.* 1979, 1123; Cass. 15 februari 1979, *Arr. Cass.* 1978-79, 700; Cass. 27 juni 1975, *Arr. Cass.* 1975, 1163; Cass. 15 juni 1998, *Arr. Cass.* 1998, 692; Cass. 28 januari 1976, *Arr. Cass.* 1976, 623; Cass. 8 maart 1968, *Arr. Cass.* 1968, 903; Cass. 19 februari 1987, *Arr. Cass.* 1986-87, 817; Cass. 18 november 1988, *Arr. Cass.* 1988-89, 338; Cass. 24 september 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 1131; Cass. 31 maart 1993, *Arr. Cass.* 1993, 344.

wanneer de bodemrechter voor een uitlegging kiest die niet onverenigbaar is met de bewoordingen van de akte, ook al was tevens een andere interpretatie mogelijk<sup>1446</sup>.

Bij de interpretatie van clausules die voorzien in formaliteiten voor de informatieverstrekking zijn twee verschillende uitkomsten mogelijk. De geheimhoudingsplicht is gekoppeld aan een opschortende tijdsbepaling indien wordt vastgesteld dat de formaliteiten constitutieve vereisten zijn voor de opeisbaarheid van de geheimhoudingsplicht<sup>1447</sup>. De geheimhoudingsplicht wordt daarbij pas van kracht nadat de formaliteiten zijn nageleefd. De aard van de verbintenis maakt deze laatste interpretatie onwaarschijnlijk wegens het cruciale belang van een afdwingbare geheimhoudingsplicht van zodra de informatie is meegedeeld. In het andere geval vervullen de formaliteiten slechts een faciliterende rol. De miskennis ervan komt dan uitsluitend in aanmerking voor schadevergoeding voor zover het bestaan van de geheimhoudingsplicht op een andere manier wordt aangetoond.

**412. Postcontractuele werking.** Ten slotte kan een geheimhoudingsplicht bestemd zijn om pas van kracht te worden na afloop van één, meerdere of alle verbintenissen die voortvloeien uit de overeenkomst. Zo zijn geheimhoudingsbedingen in beginsel bestemd om van kracht te blijven na de beëindiging van de contractuele basisverhouding. De geheimhoudingsplicht zal immers vaak al actief geweest zijn vóór de beëindiging van de contractuele basisverhouding en bestemd zijn om voort te duren na afloop van de contractuele basisverhouding<sup>1448</sup>. Dergelijke “postcontractuele” geheimhoudingsplichten zijn ‘overlevende’ verbintenissen, maar geen opgeschorte verbintenissen. De beëindiging van de contractuele basisverhouding kan wel het startpunt zijn van de uitdovende termijn van de geheimhoudingsplicht (waarvan het eindpunt bijvoorbeeld bepaald kan zijn op “vijf jaar na de beëindiging van de franchiseovereenkomst” *infra* randnr. 482) of van nieuwe verbintenissen die bijdragen tot de bescherming van het geheim. Voorbeelden hiervan zijn de verbintenis tot teruggave of vernietiging van vertrouwelijke informatiedragers of een bijkomende geheimhoudingsplicht ten aanzien van de omstandigheden waarin de beëindiging heeft plaatsgevonden.

**413. Geen mogelijkheid tot toekenning van een rechterlijke gratietermijn voor geheimhoudingsduur.** De rechter heeft op basis van artikel 1244 BW<sup>1449</sup> de bevoegdheid om de schuldenaar uitstel van betaling te verlenen door een aanpassing

---

<sup>1446</sup> Cass. 15 april 2004, *Arr. Cass.* 2004, 643.

<sup>1447</sup> Zie voor een voorbeeld in die zin: V. DUHAUT, 252, nr. 191.

<sup>1448</sup> Ch. LE STANC, “Existe-t-il une responsabilité postcontractuelle?”, *JCP* 1978, II, 12735, nr. 9; M. FONTAINE en F. DE LY, *Droit des contrats internationaux: analyse et rédaction de clauses*, Brussel, Bruylant 2003, 306.

<sup>1449</sup> Dit artikel is van toepassing op alle soorten contractuele verbintenissen en niet enkel op ‘betalingen’ in geld (Antwerpen 21 maart 2005, *Limb. Rechtsl.* 2005, 318, noot B. WINDEY – volgens dit arrest is artikel 1244 BW zelfs van toepassing op verbintenissen om iets niet te doen. Deze redenering kan niet worden gevolgd omdat uitstel van een verbintenis om iets niet te doen impliceert dat de schuldenaar wordt vrijgesteld van een deel van zijn schuld); Vred. Westerlo 11 januari 1991, *Turnh. Rechtsl.* 1991, 12 (verbintenissen om iets te geven of te doen).



van de betalingsmodaliteiten voor de nakoming van zijn verbintenissen<sup>1450</sup>. Dit uitstel mag er niet toe leiden dat de schuldenaar wordt ontslagen van zijn betalingsplicht<sup>1451</sup>. Hieruit volgt dat de geheimhoudingsduur niet vatbaar is voor de toekenning van een rechterlijke gratietermijn. Een uitstel van de naleving van de geheimhoudingsplicht gaat verder dan een billijke herschikking van de betalingsmodaliteiten. De geheimhoudingsplicht kan de schuldeiser uitsluitend een integrale voldoening opleveren indien zij aanvangt en eindigt op het overeengekomen tijdstip. Zelfs een tijdelijk uitstel van deze verplichting zou de inhoud van de verbintenis onherroepelijk aantasten.

### 3.2.4 Globale geheimhoudingsduur

**414.** De geheimhoudingsplicht heeft een natuurlijk aanvangspunt: de nood aan geheimhouding ontstaat van zodra de informatie ter beschikking wordt gesteld aan de informatieverkrijger. De link tussen de informatieverstrekking en de aanvang van de geheimhoudingsplicht vloeit impliciet voort uit de aard van de verbintenis. Zij dient daarom niet te worden bedongen door de partijen. De aanvang van de geheimhoudingsduur hoeft echter niet gekoppeld te zijn aan een concrete informatieverstrekking. Zij kan worden geconcipieerd als een abstracte periode die onafhankelijk van enige concrete informatieverstrekking aanvangt en eindigt. Gedurende deze periode moet dan alle vertrouwelijke informatie geheim worden gehouden ongeacht de datum waarop zij werd meegedeeld. Het gevolg daarvan is een vereenvoudiging van de bewijslevering op het vlak van de duur van de geheimhoudingsplicht. Alle informatie wordt immers op gelijke voet behandeld, los het concrete tijdstip waarop zij werd meegedeeld. Dit ontslaat de informatieverstrekker van de bewijslast betreffende de precieze tijdstippen waarop de informatie werd meegedeeld. Hij moet slechts aantonen dat de vertrouwelijke informatie binnen het *disclosure window* werd meegedeeld (opdat zij gedekt zou zijn door een geheimhoudingsplicht) en dat de geheimhoudingsduur nog moet verstrijken (om nog steeds gedekt te zijn). Een globale situering binnen het tijdvak van het *disclosure window* en het tijdvak van de geheimhoudingsduur is daarbij voldoende.

Een globale geheimhoudingsperiode waarvan de duur of volledig samenvalt met of slechts zeer korte tijd voortduurt na de sluiting het *disclosure window* is af te raden voor de informatieverstrekker. In die hypothese wordt de reële geheimhoudingsduur steeds korter naarmate de informatie later in de loop van het *disclosure window* wordt verstrekt. Dit wordt vermeden door de introductie van een veiligheidsmarge tussen de datum waarop het *disclosure window* sluit en de uitdoving van de geheimhoudingsplicht (*infra* randnr. 480).

## 4. Beëindigingsdatum (termijn *ad quem*) van de geheimhoudingsafspraken

### 4.1 Algemeen

---

<sup>1450</sup> Zie over deze rechtsfiguur in het algemeen: H. DE PAGE, I, 188-195 nr. 144-149; naar Frans recht: A. SÉRIAUX, “Réflexions sur les délais de grâce”, *RTD Civ.* 1993, 789.

<sup>1451</sup> Cass. 25 oktober 1990, *Pas.* 1991, I, 208; Cass. 19 juni 1986, *Arr. Cass.* 1985-86, 1438.

**415. Vrije keuze van de einddatum.** Geheimhoudingsafspraken kunnen door hun statuut van duurverbintenis (*supra* randnr. 375) van bepaalde of van onbepaalde duur zijn. Het staat de partijen vrij om een regeling te treffen over de einddatum van de overeenkomst<sup>1452</sup> of van de verbintenissen die daaruit voortvloeien, maar zijn daar niet toe verplicht<sup>1453</sup>. De partijen kunnen ook hier een afzonderlijke datum vaststellen voor de uitdoving van de onderscheiden contractsbestanddelen<sup>1454</sup> (zie tevens *infra* randnr. 572). Zo is een geheimhoudingsbeding vaak bestemd om voort te duren in een postcontractuele fase, zodat het doorloopt nadat de rest van de overeenkomst is beëindigd. De partijen kunnen bovendien een verschillende geheimhoudingsduur bedingen naargelang het type informatie dat wordt uitgewisseld:

**Voorbeeld:** “*Confidentiality Period.* A Receiving Party’s obligations in respect of use of disclosure of Proprietary Information of the Disclosing Party shall extend for a period termination five (5) years from the date on which the Receiving Party receives the Proprietary Information and shall survive any subsequent termination of this Agreement or expiration of the Disclosure Period; provided, however, that in respect of the formulae of proprietary compositions of a Disclosing Party, such obligations shall remain in effect until excepted under the Paragraph entitled ‘Exceptions’ above”<sup>1455</sup>.

**416. Vrijwaring van andere beschermingsmechanismen.** De uitwerking van een contractuele regeling kan leiden tot een afstand van alternatieve beschermingsmechanismen.

Een Texaanse werknemer tekent in 1987 een geheimhoudingsovereenkomst van vier jaar. Deze eindigt zoals voorzien in 1991. De werknemer blijkt (ten vroegste) in 1996 handelingen te hebben gesteld die een inbreuk zouden geweest zijn van de geheimhoudingsovereenkomst. De ex-werkgever stelt een *misappropriation claim* in voor het vermeende onrechtmatige gebruik van zijn *trade secrets*. Hiervoor geldt immers een in de tijd onbeperkte bescherming, in tegenstelling tot de reeds uitgedoofde contractuele grondslag. De rechtbank wijst de eis echter af met de overweging dat partijen het recht hebben om contractueel af te wijken van impliciete geheimhoudingsplichten, zodat “the written non-disclosure agreement supplanted any implied duty of confidentiality that may have existed”. De sluiting van een uitdrukkelijke geheimhoudingsovereenkomst verdrong bijgevolg elk beroep op een buitencontractuele, impliciete geheimhoudingsplicht<sup>1456</sup>.

---

<sup>1452</sup> Zie *supra* randnr. 386 en B. KOHL, “La prorogation et la reconduction du contrat”, (265) 273; vgl. met C. PRIETO, “Événements affectant la personne de la société contractante” in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, Aix-Marseille, PUAM, 1997, (81) 101; F. TERRE, Ph. SIMLER en Y. LEQUETTE, *Droit civil: les obligations*, Parijs, Dalloz, 2005, 1148, nr. 1201.

<sup>1453</sup> Duitsland: OLG Hamburg 4 oktober 1955, 2 U 218/55, NJW 1957, 26.

<sup>1454</sup> R. FABRE, 222-223; M. FONTAINE, 1991, (3) 63.

<sup>1455</sup> <http://www.h-e-l.co.uk/Images/MCA.doc>.

<sup>1456</sup> US Court of Appeals (Federal Circuit) 25 april 2002, *Marketel International v. Priceline.com*, 36 Fed.Appx. 423. Tevens: US Court of Appeals (Ninth Circuit) 8 maart 2000, *Union Pacific Railroad Company v. Mower*, 219 F.3d 1069 (“We conclude that, under Oregon law, parties have the power to alter the implied duty of confidentiality. The existence of an express agreement is relevant both in determining whether a particular employee is bound by a duty of confidentiality and in defining the scope of that duty. The remaining issue, therefore, is whether the Resignation Agreement affected Mower’s implied duty of confidentiality. We believe it did.”).

Het staat de meester van het geheim ook in het Belgische recht vrij om afstand te doen van alternatieve beschermingsmechanismen in de mate dat zij niet van dwingend recht zijn of de openbare orde aanbelangen (wat bijvoorbeeld wel het geval is voor het beroepsgeheim van art. 458 Sw., maar niet voor de bescherming van het fabrieksgeheim in artikel 309 Sw. in die zin dat de meester van het geheim vrijwillig afstand kan doen van zijn fabrieksgeheim zodat niet meer voldaan is aan één van de constitutieve elementen van deze strafbepaling). Hij beschikt immers over het prerogatief om te bepalen welke elementen van de beschermenswaardige informatie daadwerkelijk geheim moeten blijven. Hij kan *a contrario* ook geen enkele bescherming wensen. De meester van het geheim heeft door de contractsluiting echter niet noodzakelijk de bedoeling om definitief afstand te doen van alternatieve contractuele of buitencontractuele beschermingsmechanismen. Afstand van recht wordt niet vermoed<sup>1457</sup> en dient ondubbelzinnig uit de feiten te blijken. De wil tot afstand kan daarom bij gebrek aan duidelijke partijwil slechts met zekerheid worden vastgesteld indien en voor zover de uitgewerkte contractuele regeling onverenigbaar is met andere beschikbare beschermingsgronden<sup>1458</sup>. Het feit dat men een specifiek geheimhoudingsbeding heeft gesloten voor de bescherming van vertrouwelijke industriële en commerciële procedés impliceert bijvoorbeeld niet dat men *a contrario* afstand zou hebben gedaan van een gemeenrechtelijke contractuele discretieplicht voor vertrouwelijke aspecten van het intern functioneren van de onderneming<sup>1459</sup>.

Een Franse werknemer wordt via een arbeidsovereenkomst van 12 april 1966 gepromoveerd tot kaderlid. Deze overeenkomst bevat een geheimhoudingsbeding. Zij wordt opgeheven door een nieuwe overeenkomst die wordt aangegaan op 5 september 1975. De overeenkomst bevat ditmaal geen geheimhoudingsbeding. Op 26 juli 1982 wordt de werknemer ontslagen om dringende reden. Hij zou vertrouwelijke informatie hebben doorgegeven aan derden. De werknemer voert daartegen aan dat nieuwe arbeidsovereenkomst geen geheimhoudingsbeding meer bevatte, zodat hij niet meer onderworpen was aan een geheimhoudingsplicht. De werkgever beroept zich echter op een sectoriële collectieve arbeidsovereenkomst die een eigen geheimhoudingsplicht bevat. De rechter volgt deze

---

<sup>1457</sup> Cass. 22 oktober 1981, *Arr. Cass.* 1981-82, 278; Cass. 23 september 1988, *Arr. Cass.* 1988-89, 96; Cass. 20 april 1989, *Arr. Cass.* 1988-89, 961; Cass. 19 december 1991, *Arr. Cass.* 1991-92, 369; Cass. 13 januari 1994, *Arr. Cass.* 1994, 33, nr. 17; Cass. 31 mei 1995, *Arr. Cass.* 1995, 556; Cass. 19 september 1997, *Arr. Cass.* 1997, 840; Cass. 26 april 2002, *Res. Jur. Imm.* 2002, 211; Cass. 17 november 2005, *Pas.* 2005, 2284; Cass. 23 januari 2006, *Pas.* 2006, 207 (algemeen rechtsbeginsel dat afstand slechts kan worden afgeleid uit feiten die voor geen andere interpretatie vatbaar zijn); Cass. 17 november 2008, AR S.08.0070.N, M.D. en W.C. / European Support Limited [www.juridat.be](http://www.juridat.be) (algemeen rechtsbeginsel); Cass. 24 december 2009, AR C.09.0024.N, Fortis Insurance Belgium / V.D.V.D., [www.juridat.be](http://www.juridat.be); Antwerpen 8 januari 2007, *NjW* 2007, 655, noot F. VANDENDRIESSCHE; Antwerpen 21 maart 2005, *TBBR* 2007, 69. Zie ook Cass. 17 mei 1990, *Arr. Cass.* 1989-90, 1188; S. VAN WASSENHOVE, “La renonciation en droit du travail”, *JTT* 2007, (409) 409. Frankrijk: F. DREIFUSS-NETTER, *Les manifestations de volonté abdicatives*, 162 en 177-197.

<sup>1458</sup> Wanneer een licentieovereenkomst bijvoorbeeld voorziet in een postcontractuele geheimhoudingsplicht van vijf jaar, dan kan de geheimplichtige na die termijn vrij beschikken over de informatie. De vroegere meester van het geheim kan zich na afloop van de contractuele geheimhoudingsplicht niet meer op andere beschermingsgronden (van aanvullend recht) beroepen ten aanzien van de informatie die wordt gedekt door deze verplichting. Hij kan zich niet beroepen op buitencontractuele beschermingsgronden voor de aspecten van zijn rechtsverhouding met de geheimplichtige die contractueel zijn geregeld.

<sup>1459</sup> Zie bv. voor de gegrondheid van een ontslag om dringende reden: Cour d’appel Aix-en-Provence 5 februari 1991, nr. *JurisData*: 1991-051934.

redenering: “en effet il [de werknemer] était soumis à l’article 16 de la convention collective des Industries chimiques qui prévoit que ‘le cadre est tenu au secret professionnel à l’égard des tiers pour tout ce qui concerne l’exercice de ses fonctions et d’une façon générale pour ce qui a trait à l’activité de l’entreprise qui l’emploie’, d’ailleurs [il] ne conteste pas sérieusement qu’il était lié à son employeur par une obligation de fidélité”<sup>1460</sup>.

De Amerikaanse *trade secret* wetgeving beschermt geheime informatie zolang zij het statuut van zakengeheim geniet<sup>1461</sup>. Deze bescherming kan in theorie eeuwig duren en kan alleszins de verwachtingen op het moment van de contractsluiting overstijgen. Daarom wordt in Amerikaanse overeenkomsten vaak uitdrukkelijk gestipuleerd dat de uitdoving van de overeenkomst géén gevolgen heeft voor informatie die voldoet aan de karakteristieken van het zakengeheim, teneinde te vermijden dat het uitdovende effect van de bedongen tijdsbepaling ook de bescherming tenietdoet die geldt voor het zakengeheim.

**Voorbeeld:** “**Applicability.** The restrictions set forth in this Agreement shall apply in full force and effect after termination for Trade Secrets and any Confidential Information that arises to the level of Trade Secret as long as such information qualifies as a Trade Secret under applicable law and for all other Confidential Information during a period of five (5) years after the date of final disclosure.”

## 4.2 Beperkingen aan de keuzevrijheid

**417.** De overeenkomst strekt de partijen tot wet (art. 1134 BW). Zij kunnen zelf een duur vastleggen voor hun verbintenissen (of bewust nalaten om dit te doen) en zijn in beginsel verplicht om de gevolgen van deze keuze te respecteren. Deze vrijheid geldt echter niet onbeperkt. De wil van de partijen bij het vaststellen van de einddatum wordt beperkt door de wil van de wetgever en door algemene rechtsbeginselen en fundamentele vrijheden.

### 4.2.1 Wil van de wetgever

**418.** De contractuele geheimhoudingsduur kan steeds worden beperkt door wettelijke of administratieve interventies.

Zo was de beperking van de contractuele geheimhoudingsduur bij licentieovereenkomsten een standaardpraktijk in Brazilië<sup>1462</sup>. De bevoegde overheidsinstantie (INPI) voor het toezicht op licentieovereenkomsten meende dat de lokale bedrijven te zwak waren om evenwichtige

---

<sup>1460</sup> Cour d’appel Parijs 23 mei 1985, nr. 25155/83, nr. JurisData: 1985-026786.

<sup>1461</sup> Zie voor deze definitie bv. §1, (4) van de *Uniform Trade Secrets Act*.

<sup>1462</sup> V. SMITH, “Suggestions for licensing in Brazil”, *Les Nouvelles* 1987, 89 aangehaald door F. NAMOUR, 185, voetnoot 426; R. TURNER, “Brazil: a practical guide to intellectual property protection”, *Business America* 18 januari 1988; zie tevens J. REIDENBERG, “U.S. software protection: problems of trade secret estoppel under international and Brazilian technology transfer regimes”, *Columbia Journal of Transnational Law* 1985, (679) 689-691 (23 Colum. J. Transnat’l L. 679). Deze tussenkomsten waren gebaseerd op normatief besluit nr. 15/75 van 11 september 1975. De taken en bevoegdheden van deze autoriteit zijn sindsdien beperkt tot de registratie van overeenkomsten inzake de overdracht van technologie door art. 211 wet nr. 9279/96 van 14 mei 1996 en door normatief besluit nr. 135/97 van 15 april 1997.

licentieovereenkomsten te onderhandelen met buitenlandse informatieverstrekkers en legde daarom van bovenaf beperkingen op om de gepercipieerde wanverhouding uit te balanceren. Dergelijke tussenkomsten hadden een negatieve weerslag op de bereidheid van buitenlandse spelers om activiteiten te ontplooiën die de mededeling van vertrouwelijke informatie aan Braziliaanse bedrijven impliceerde. De Braziliaanse toezichthouder hanteert na de liberalisering van de technologieovereenkomsten nog enkele strenge criteria voor de registratie ervan. In haar visie zijn dergelijke overeenkomsten een vorm van koop die zou moeten resulteren in een definitieve kennisverwerving na afloop van de kennisoverdracht en mits betaling van de overeengekomen vergoeding. Na afloop van de overeenkomst zou de informatieverkrijger dan ook vrij over de informatie moeten kunnen beschikken, zonder te worden geconfronteerd met een voortdurende geheimhoudingsplicht of een verplichting om de informatie terug te bezorgen<sup>1463</sup>.

**419. Beperking van de duur van de postcontractuele arbeidsrechtelijke geheimhoudingsplicht tot één jaar?** Een duurzaam verbod op de verspreiding en het gebruik van vertrouwelijke informatie door ex-werknemers is van groot belang voor de vrijwaring van het monopolie dat de werkgever geniet op de vertrouwelijke informatie. De Belgische Arbeidsovereenkomstenwet bevat een bepaling die de (ex-)werknemer óók na afloop van de arbeidsovereenkomst verplicht tot geheimhouding (art. 17, 3°, a) Arbeidsovereenkomstenwet). Deze wet bepaalt echter tevens dat de rechtsvorderingen die uit de arbeidsovereenkomst ontstaan, verjaren één jaar na het eindigen van deze overeenkomst (of vijf jaar na het feit waaruit de vordering is ontstaan, zonder dat deze termijn één jaar na het eindigen van deze overeenkomst mag overschrijden – art. 15 Arbeidsovereenkomstenwet). Wanneer men beide artikelen samenleest, lijkt de duur van de arbeidsrechtelijke geheimhoudingsplicht *de facto* beperkt tot één jaar na de beëindiging van “de overeenkomst”. Rechtsvorderingen die na deze datum worden ingesteld, zijn immers onontvankelijk wegens verjaring. De lezing die “de overeenkomst” als een monolithisch geheel benadert, strookt waarschijnlijk *niet* met de wil van de wetgever. De wetgever gebruikt de notie “overeenkomst” in de Arbeidsovereenkomstenwet namelijk ook op andere plaatsen in de context van de “contractuele basisverhouding”, zijnde de afspraken over de arbeidsprestaties, zonder zich uitdrukkelijk rekenschap te geven van het feit dat de arbeidsovereenkomst ook postcontractuele verplichtingen bevat. De wet beklemtoont bovendien dat de arbeidsrechtelijke geheimhoudingsplicht doorloopt ongeacht de beëindiging van de arbeidsovereenkomst (lees: van de kenmerkende prestatie die erin bestaat om de overeengekomen arbeid te leveren). De wetgever beschouwde de geheimhoudingsplicht bijgevolg eerder als een satellietverplichting die los staat van de contractuele basisverhouding. In het licht van deze interpretatie is er geen reden om de postcontractuele duur van de arbeidsrechtelijke geheimhoudingsplicht te beperken tot één jaar. Wat is dan de verjaringstermijn van vorderingen die uit de geheimhoudingsplicht ontstaan? De geheimhoudingsplicht van artikel 17, 3° a) Arbeidsovereenkomstenwet is een onderdeel van de arbeidsovereenkomst. Vorderingen in verband met de miskenning ervan zijn dan ook onderworpen aan de

---

<sup>1463</sup> Zie hierover o.m. L. HENRIQUE DO AMARAL, “Overview of the Legal Treatment of Licenses and Technology Agreements in Brazil”, *Les Nouvelles* 2001, (96) 97-98; J.A. FARIA CORREA, “Impact of New Trade Secret Laws in Brazil”, *Les Nouvelles* 1998, (170) 174-175. Deze laatste auteur beschouwt dergelijke tussenkomsten van de toezichthouder na de wetswijzigingen als volstrekt onwettelijk.

verjaringstermijn van één jaar na de beëindiging van de geheimhoudingsplicht als dusdanig (bv. wanneer de informatie publiek bekend wordt) of van vijf jaar na het feit waaruit de vordering ontstaat zonder de termijn van één jaar na de beëindiging van de geheimhoudingsplicht als dusdanig te overschrijden.

#### 4.2.2 Verbod op eeuwigdurende verbintenissen

**420.** Een van de belangrijkste beperkingen is het zogenaamde verbod op eeuwigdurende verbintenissen. Een onderzoek naar de effectiviteit van de contractuele bescherming van vertrouwelijke informatie kan niet voorbij aan een analyse van dit verbod. De opstellers van geheimhoudingsovereenkomsten of -bedingen laten zich namelijk al eens verleiden tot het stipuleren van geheimhoudingsplichten die op het eerste gezicht een eeuwigdurend karakter lijken te hebben, zoals de bepaling dat de geheimhoudingsplicht duurt “zolang het geheime karakter van de informatie bewaard blijft”. Dit leidt tot de vraag naar de geldigheid van eeuwigdurende verbintenissen in het algemeen en naar de kwalificatie en geldigheid van op deze manier geformuleerde geheimhoudingsplichten in het bijzonder.

##### 4.2.2.1 Grondslag

**421.** Het geschreven recht bevat slechts sporadisch wetsbepalingen over eeuwigdurende of langdurige (bv. levenslange) verbintenissen. Het bevat geen uitdrukkelijk algemeen verbod op eeuwigdurende contractuele verbintenissen<sup>1464</sup>, al leidt bepaalde rechtsleer dit verbod er wel uit af<sup>1465</sup>. Artikel 1134, 2<sup>de</sup> lid BW stelt integendeel categoriek dat overeenkomsten alléén kunnen worden verbroken op basis van een gezamenlijke wilsovereenstemming. Niettemin aanvaarden rechtspraak en rechtsleer dat partijen, behoudens andersluidende wettelijke uitzonderingen, geen eeuwigdurende verbintenissen kunnen aangaan<sup>1466</sup>. Dit verbod is van openbare

---

<sup>1464</sup> Cf. J. GHESTIN, “Existe-t-il en droit positif français un principe général de prohibition des contrats perpétuels?” in *Mélanges en l'honneur de Denis Tallon*, (251) 257.

<sup>1465</sup> A. BENABENT 2003, 228, nr. 312; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, I, *Contrat et engagement unilatéral*, Parijs, PUF, 2008, 366, nr. 153. Zie en vgl. B. STARCK, H. ROLAND en L. BOYER, 501-501, nr. 1208; F. TERRE, Ph. SIMLER en Y. LEQUETTE, 480, nr. 479; J. AZEMA, 14, nr. 17 en 25-29, nr. 33-37 (deze auteurs merken op dat er geen algemeen uitdrukkelijk wettelijk verbod is, maar dat rechtspraak en rechtsleer de fragmentaire verbodsbepalingen wel hebben veralgemeend); K. DE LA ASUNCION PLANES, *La réfaction du contrat* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 2007, 111, nr. 146; J. GHESTIN, C. JAMIN en M. BILLIAU, 255, nr. 205; R. LIBCHABER, “Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés”, *Rev. Soc.* 1995, 443, nr. 6; S. LAVEFVE LABORDERIE, *La pérennité contractuelle* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 2005, 30, nr. 46 en 41, nr. 67; C. BOISMAIN, “L’affirmation d’une obligation de respecter un délai de préavis raisonnable” (noot onder Cass. 1<sup>o</sup> civ (fr.) 16 mei 2006), *Petites Affiches* 2006, 18, I, B., tweede paragraaf.

<sup>1466</sup> België: P.A. FORIERS, “Pacta sunt servanda (portée et limites)”, *tendensen in het bedrijfsrecht* 2003, (3) 38, nr. 36; L. CORNELIS, “De duur van het contract met opeenvolgende prestaties”, (39) 44; I. CLAEYS en L. PHANG, “Van bepaalde duur naar onbepaalde duur en terug”, *TPR* 2008, (375) 383, nr. 5; Frankrijk: D. VEAUX, “Fasc. Unique: Contrats et obligations – Diverses espèces d’obligations – Obligations à terme”, *Juriscl.*, nr. 132; J. CARBONNIER, IV, nr. 140: “La loi contractuelle n’est conçue, le plus souvent, que comme le règlement transitoire d’une situation limitée dans le temps, et notre droit, suivant l’esprit individualiste de 1789, prohibe en principe les contrats perpétuels”.

orde<sup>1467</sup> en heeft het karakter van een algemeen rechtsbeginsel. De grondslag van dit beginsel wordt gezocht in de onvervreemdbaarheid van de persoonlijke<sup>1468</sup> en economische<sup>1469</sup> vrijheid van de contractanten<sup>1470</sup>.

**422.** Het verbod op eeuwigdurende verbintenissen is een verworvenheid van de Franse revolutie en geniet volgens de Franse *Conseil Constitutionnel* het statuut van constitutioneel rechtsbeginsel<sup>1471</sup>. Niet elk rechtsstelsel kent echter een dergelijk principieel verbod, al betekent dit niet als dusdanig dat overeenkomsten in dergelijke

<sup>1467</sup> L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, 814, nr. 629; TH. DELAHAYE, 123, nr. 101; R. KRUTHOF, *TPR* 1983, 518-519, nr. 14; P. VAN OMMESELAGHE, *RCJB* 1975, 619, nr. 72; J. VAN RYN en J. HEENEN, 1988, 130, nr. 174; M. PAPIER-JAMOULLE, *RCJB* 1970, 546, nr. 24.

<sup>1468</sup> D.i. de individuele vrijheid en de menselijke waardigheid, beschermd door het verbod op slavernij en lijfeigenschap. Onder meer: S. LAVEFVE LABORDERIE, *La pérennité contractuelle* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 2005, 46-47, nr. 75.

<sup>1469</sup> D.i. de vrijheid van beroep en handel, zoals voorzien in het Decreet d'Allarde (Décret 2-17 maart 1791 portant suppression de tous les droits d'aides, de toutes les maîtrises et jurandes, et établissement des patentes, *Pasin.* 1791, II, 230). Zie uitgebreid over dit decreet naar Frans en Belgisch recht: M. GOTZEN, *Vrijheid van beroep en bedrijf & onrechtmatige mededinging*, Brussel, Larcier, 1963, 256, nr. 216 et seq.; zie ook Ch. DEL MARMOL, "La liberté du commerce en droit belge", *JT* 1953, 65-70; G. PHILIPSEN, "Art. 7 Decr. D'Allarde", *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, maart 2007. Zie verder nog over deze vrijheid: A. MANITAKIS, *La liberté du commerce et de l'industrie en droit belge et en droit français*, Brussel, Bruylant, 1979, 23-74; J. VAN HOUTTE, "De vrijheid van den handel en het economisch recht", *RW* 1935-36, 1319-1338.

<sup>1470</sup> België: Luik 21 april 2004, *TBBR* 2006, 394; Voorz. Kh. Hasselt 14 september 1999, *RW* 2000-01, 244; Vred. Doornik (I) 28 oktober 1998, *T. Vred.* 2000, 294 (afschaffing van de feodaliteit verhindert het bestaan van eeuwige jachtrechten – deze toekenning druist in tegen de openbare orde en resulteert in de absolute (en totale) nietigheid van het jachtrecht); R. DEKKERS, "De la rupture des contrats à durée illimitée" (noot onder Gent 16 januari 1956), *RCJB* 1957, (316) 320, nr. 12; Th. DELAHAYE *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, 122; L. CORNELIS, "De duur van het contract met opeenvolgende prestaties", (39) 53, nr. 12; L. DEMEYERE, "Rechtshandelingen ter beëindiging van overeenkomsten" in *De behoorlijke beëindiging van overeenkomsten*, (11) 21-22, nr. 14; P. WERY, "Vue d'ensemble sur les causes d'extinction des contrats", 2001, 28, nr. 20; "La résolution unilatérale des contrats synallagmatiques, enfin admise?", *RCJB* 2004, (300) 304-305, nr. 3 en "L'acte unilatéral destiné à mettre fin à une convention en l'absence de faute de l'autre partie", *La volonté unilatérale dans le contrat*, Brussel, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 2008, (255) 273, nr. 15; C. DELFORGE, *La spécificité des contrats à long terme entre firmes*, Thesis UCL, 2006, 169, nr. 179; A. VAN OEVELEN, "De eenzijdige wijziging en beëindiging van de verzekeringsovereenkomst door de verzekeraar: bestaat er een recht op behoud van een verzekering?", *RW* 2003-04, (1081) 1083, nr. 5; I. CLAEYS en L. PHANG, (375) 389-391, nr. 10-13; Frankrijk: J. GHESTIN, "Existe-t-il en droit positif français un principe général de prohibition des contrats perpétuels?" in *Mélanges en l'honneur de Denis Tallon*, (251) 261; J. GHESTIN, C. JAMIN en M. BILLIAU, 255-256, nr. 206; J. AZEMA, 1969, 15, nr. 20, n25-30, nr. 33-37 en 146-149, nr. 184-187; F. BUJOLI, *La durée du contrat*, thesis Nice-Sophia Antipolis, 2007, 30-50, nr. 62-99; S. LAVEFVE LABORDERIE, *La pérennité contractuelle* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 2005, 30-33, nr. 45-49; R. LIBCHABER, "Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés", *Rev. Soc.* 1995, 440-441, nr. 4; F. RIZZO, "Regards sur la prohibition des engagements perpétuels", *Dr. & Pat.* 2000, 61; C. CORGAS-BERNARD, *La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée*, thesis Lille II, 2004, 141-145, nr. 245-254; C. BLOUD-REY, *Le terme dans le contrat*, Aix-Marseille, PUAM, 2003, 105-107, nr. 107; J.-B. SEUBE, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Parijs, Litec, 1999, 385, nr. 357.1; I. PETEL-TEYSSIE, *Les durées d'efficacité du contrat*, Thesis Montpellier, 1984, 355; O. BILLARD, 91; A. ETIENNEY, *La durée de la prestation* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 2008, 310, nr. 425; F. TERRE, Ph. SIMLER en Y. LEQUETTE, 308, nr. 300. In het Zwitserse recht is de buitensporige beperking van de vrijheid van de schuldenaar een grond tot ongeldigheid van de overeenkomst (art. 27.2 van het Zwitserse BW – zie P. MIDDENDORF, *Nachwirkende Vertragspflichten*, Freiburg, Universiteit Freiburg, 2002, 7, nr. 14 en 169, nr. 361).

<sup>1471</sup> Conseil Constitutionnel 9 november 1999, nr. 99-419 DC, *JO* 16 november 1999, 16962.

rechtstelsels daadwerkelijk eeuwig zouden blijven voortduren. Al te langdurende overeenkomsten kunnen namelijk indruisen tegen de regels inzake de openbare orde en goede zeden of vroeg of laat stranden op de eventueel geldende variant op de imprevisie (bv. *impracticability of performance*, *frustration of purpose*, *Wegfall der Geschäftsgrundlage*) van het desbetreffende rechtstelsel. Zo rijzen in het Nederlandse recht geen principiële bezwaren tegen de geldigheid van eeuwigdurende verbintenissen, al impliceert dit niet dat een eeuwigdurende tijdsbepaling daadwerkelijk tot in het oneindige moet worden nageleefd. De opzegbaarheid van contractuele relaties van (on)bepaalde duur wordt beoordeeld op basis van de redelijkheid en billijkheid in dit rechtstelsel<sup>1472</sup>. In Duitsland geldt geen principieel verbod op eeuwigdurende verbintenissen, maar kunnen te langdurige overeenkomsten strijdig zijn met de goede zeden (cf. § 138, (1) BGB)<sup>1473</sup>.

**423.** De *common law* rechtstelsels kennen evenmin een universeel verbod op eeuwigdurende overeenkomsten als dusdanig<sup>1474</sup>. Het valt dan ook niet *ipso facto* uit te sluiten dat een eeuwigdurende verbintenis geldig wordt bevonden<sup>1475</sup>. Specifieke rechtstelsels sluiten een kwalificatie als eeuwige duur wel uit voor bepaalde types van overeenkomsten waarvan de duur niet bepaald is<sup>1476</sup>. De eeuwige duur wordt in het algemeen minstens beschouwd als een te vermijden interpretatie<sup>1477</sup>. Zo wordt in de Amerikaanse *common law* overwegend gesteld dat de rechter slechts een eeuwigdurende termijn kan vaststellen indien deze duidelijk is gewild door de

---

<sup>1472</sup> M.H. VISSCHER, “De opzegging van onbepaalde duurovereenkomsten: een korte beschouwing”, *V&O* 2007, 110-113 (m.b.t. onbepaalde duur); R.H.J. VAN BINEN, 291-301; A. HAMMERSTEIN en J.B.M. VRANKEN, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten* in *Monografieën Nieuw NBW*, 2003, 24-27, nr. 16; J.F.M. STRIJOS, *Opzegging van duurovereenkomsten*, Deventer, Kluwer, 1985, 73-81. De meerderheid van de Nederlandse rechtsleer neemt als uitgangspunt dat relaties van onbepaalde duur in beginsel wel opzegbaar zijn, maar dat de partijen hiervan kunnen afwijken. Relaties van bepaalde duur worden daarentegen als principieel onopzegbaar beschouwd.

<sup>1473</sup> BGH 14 juni 1972, VIII ZR 14/71, *NJW* 1972, 1459; LG Köln, 04 februari 1993, 22 O 369/91, *NJW-RR* 1994, 242. Zie ook voor een stellingname Oostenrijks recht (op basis van o.m. § 879, (1) ABGB): F. BYDLINSKI, “Zulässigkeit und Schranken ‘Ewiger’ und extrem langdauernder Vertragsbindung”, *Schriftenreihe niederösterreichische juristische Gesellschaft* 1991, afl. 58, 5-38 en in het bijzonder 25.

<sup>1474</sup> De *common law* kent wel een zgn. *rule against perpetuities* (zie uitgebreid: J. CHIPMAN GRAY, *The rule against perpetuities*, Clark, The Lawbook Exchange, 2003, 714p.) in het erfrecht die de vrijheid van de testator om beperkingen op te leggen aan zijn erfgenamen koppelt aan beperkingen in de tijd, maar verschillende *common law* rechtstelsels hebben deze regel reeds in min of meerdere mate versoepeld.

<sup>1475</sup> Zie bv. Supreme Court Nevada 11 juni 2004, *Bell v. Leven*, 120 Nev. 388 en de verwijzingen aldaar.

<sup>1476</sup> Zie bv. § 2.309 van de Texaanse *Business and Commerce Code* (V.T.C.A., Bus. & C. § 2.309 (b)): “Where the contract provides for successive performances but is indefinite in duration it is valid for a reasonable time but unless otherwise agreed may be terminated at any time by either party”. Een overeenkomst die een vaste, bepaalbare gebeurtenis bevat als termijn is echter niet onbepaald.

<sup>1477</sup> Engeland: Court of Appeal (Civil Division) 2 mei 1978, *Staffordshire Area Health Authority v South Staffordshire Waterworks Co.*, [1978] 1 WLR 1387; A.R. CARNEGIE, “Terminability of contracts of unspecified duration”, *The Law Quarterly Review* 1969, (392) 402-414 (deze auteur bespreekt en bekritiseert in zijn bijdrage de *case law* die een eeuwige duur als uitgangspunt leek te nemen in geval van onduidelijkheid over de duur en poneert dat een omgekeerd vermoeden zou moeten gelden: “Instead of the rule in the *Llanelly Railway Co.* case, the courts should expressly adopt, as an aid in doubtful cases to the Construction of continuing contracts of no fixed term, a presumption against their perpetual duration”). Zie voor de Verenigde Staten o.m.: Supreme Court Nevada 11 juni 2004, *Bell v. Leven*, 120 Nev. 388 en de verwijzingen aldaar.



partijen<sup>1478</sup> (en voor zover dit niet indruist tegen de *public interest*<sup>1479</sup>). Bij gebrek aan uitdrukkelijke bepaalde of bepaalbare tijdstbepaling, dient de rechter na te gaan of de overeenkomst een impliciete (in beginsel redelijke<sup>1480</sup>) termijn bevat<sup>1481</sup>. Indien dit niet het geval is, is zij naargelang de context beëindigbaar na een redelijke termijn of *terminable at will*<sup>1482</sup>.

Overeenkomsten mogen in de *common law* hoe dan ook niet indruisen tegen de *public policy*<sup>1483</sup>. Elke overeenkomst die de vrijheid van mededinging beperkt (d.i. een zogenaamde *restraint of trade*<sup>1484</sup>) is daarbij *prima facie unenforceable at common law*. Ook geheimhoudingsovereenkomsten dienen de *restraint of trade doctrine* te respecteren<sup>1485</sup>. *Restraints of trade* zijn alleen *enforceable* indien de beperkingen

<sup>1478</sup> § 466 American Jurisprudence, Second Edition, juli 2010 (17A Am. Jur. 2d Contracts § 466); § 439 Corpus Juris Secundum, december 2010 (17B CJS Contracts § 439). Zie en vgl. M. HOWARD, "Open Terms Relating to Time in Contracts for the Sale of Goods", 19 McGill L.J. 224 (1973), 242; zie bv. Supreme Court South Carolina 5 juli 1994, *Carolina Cable Network v. Alert Cable TV*, 316 S.C. 98 ("Historically, perpetual contracts have not been favored in South Carolina and are generally upheld only where the perpetual nature of the agreement is an express term of the contract"); US Court of Appeals (Fifth Circuit) 24 juli 1953, *Freeport Sulphur v. Aetna Life Ins.*, 206 F.2d 5 ("Perpetual contracts, though sometimes sanctioned, are not favored in the law. A construction of a contract conferring a right in perpetuity will be avoided unless compelled by the unequivocal language of the contract"); US District Court (New York) 16 november 1959, *Warner-Lambert Pharmaceutical Company v. Reynolds*, 178 F.Supp. 655.

<sup>1479</sup> § 439 Corpus Juris Secundum, december 2010 (17B CJS Contracts § 439); zie bv. Supreme Court Mississippi april 1876, *Hohn H. Echols v. New Orleans, Jackson & Great Northern Railroad Company*, 52 Miss. 610 ("Perpetual contracts of this character will not be tolerated by the law, or rather, will not be enforced as imposing an eternal and never-ending burden. An agreement to furnish a support or service, [...] will be construed either as terminable at pleasure, or as implying that the thing to be done shall be performed within a reasonable time, and the obligation will cease within the same limitation").

<sup>1480</sup> § 467 American Jurisprudence, Second Edition, juli 2010 (17A Am. Jur. 2d Contracts § 467); § 531 American Jurisprudence, Second Edition, juli 2010 (17A Am. Jur. 2d Contracts § 531).

<sup>1481</sup> § 440 Corpus Juris Secundum, december 2010 (17B CJS Contracts § 440).

<sup>1482</sup> Supreme Court Mississippi april 1876, *Hohn H. Echols v. New Orleans, Jackson & Great Northern Railroad Company*, 52 Miss. 610; § 33 *Restatement (second) of contracts* (Rest 2d Contr § 33); § 466 American Jurisprudence, Second Edition, juli 2010 (17A Am. Jur. 2d Contracts § 466); § 439 Corpus Juris Secundum, december 2010 (17B CJS Contracts § 439); M. HOWARD, "Open Terms Relating to Time in Contracts for the Sale of Goods", 19 McGill L.J. 224 (1973), 239-240. Zie bv. Supreme Court South Carolina 28 februari 1911, *Childs v. City of Columbia*, 87 S.C. 566 ("Where the parties to a contract express no period for its duration, and no definite time can be implied from the nature of the contract or from the circumstances surrounding them, it would be unreasonable to impute to the parties an intention to make a contract binding themselves perpetually. In such a case the courts hold with practical unanimity that the only reasonable intention that can be imputed to the parties is that the contract may be terminated by either, on giving reasonable notice of his intention to the other"); US District Court (New York) 16 november 1959, *Warner-Lambert Pharmaceutical Company v. Reynolds*, 178 F.Supp. 655; zie ook voor Engeland: Court of Appeal (Civil Division) 2 mei 1978, *Staffordshire Area Health Authority v South Staffordshire Waterworks Co*, [1978] 1 WLR 1387.

<sup>1483</sup> Zie over deze notie in de Engelse *common law* o.m. J. CHITTY, *Chitty on contracts*, 2008, I, 1090, nr. 16-003 *et seq.*

<sup>1484</sup> Zie over deze notie in de Engelse *common law* o.m. J. CHITTY, *Chitty on contracts*, 2008, I, 1134, nr. 16-075 *et seq.*; J. D. HEYDON, "The frontiers of the restraint of trade doctrine", *The Law Quarterly Review* 1969, 229-251; P. STANLEY, 79-85. Zie voor de Amerikaanse *common law* o.m.: § 186 *et seq. Restatement (Second) of Contracts* (Rest 2d Contr § 186); E.A. FARNSWORTH, *Farnsworth on Contracts*, 2004, II, 19 *et seq.*, § 5.3.

<sup>1485</sup> P. GOULDING (ed.), 107, nrs. 3.76 en 3.77; S. MEHIGAN en D. GRIFFITHS, 49-50; zie echter L. ALTMAN en M. POLLACK, "Part. IV. Misappropriation of a Competitor's Values. Chapter 14. Trade

redelijkerwijze<sup>1486</sup> verantwoord zijn in het licht van de *legitieme belangen van de schuldeiser*<sup>1487</sup> (de bescherming van geheime informatie wordt daarbij als een legitiem belang beschouwd<sup>1488</sup>), van de *schuldenaar* en van de *maatschappij* in het algemeen (*public interest*). De bewijslast van de redelijkheid in het licht van de belangen tussen de partijen ligt bij de partij die zich op de beperking beroept<sup>1489</sup>. Het bewijs van een onredelijkheid in het licht van de *public interest* moet daarentegen worden geleverd door de partij die dit aanvoert<sup>1490</sup>. Het referentiepunt voor de toetsing van de *restraint* is volgens de meerderheidsopvatting het tijdstip van de contractsluiting. Een toetsing in de loop van de uitvoering is uitgesloten in deze opvatting<sup>1491</sup>. Onredelijke *restraints of trade* hoeven niet te worden nageleefd door de schuldenaar (maar hij mag dit vrijwillig doen)<sup>1492</sup>. De redelijkheid van de *restraint* wordt onder meer getoetst in het licht van de duur ervan<sup>1493</sup>. Het loutere feit dat een geheimhoudingsplicht als *restraint of trade* niet beperkt is in de tijd (of locatie) impliceert echter niet *ipso facto* (althans niet in elk *common law* rechtstelsel<sup>1494</sup> en niet voor elk type van informatie<sup>1495</sup>) dat deze *restraint* onredelijk zou zijn<sup>1496</sup>. Dit

---

Secrets” in *Callmann on Unfair Competition, Trademarks and Monopolies*, augustus 2010, §14:33 (2 Callmann on Unfair Comp, Tr. & Mono. § 14:33).

<sup>1486</sup> House of Lords 31 juli 1894, *Nordenfelt v Maxim Nordenfelt Guns & Ammunition Co Ltd*, [1894] AC 535; P. GOULDING (ed.), 264 *et seq.*

<sup>1487</sup>, P. GOULDING (ed.), 257-264.

<sup>1488</sup> O.m. voor Engeland: Court of Appeal (Civil Division) 3 augustus 1977, *Littlewoods Organisation Ltd. v. Harris*, [1977] 1 W.L.R. 1472; Court of Appeal 24 november 1908, *WC Leng & Co Ltd v. Andrews*, [1909] 1 Ch. 763, 773-774; S. MEHIGAN en D. GRIFFITHS, 16. Verenigde Staten: Appellate Court Illinois (Second District) 1 mei 1989, *Capsonic Group v. Swick*, 181 Ill.App.3d 988; E.A. FARNSWORTH, *Farnsworth on Contracts*, 2004, II, 37-41. De geheime informatie moet dan wel toe te rekenen zijn aan de onderneming en niet louter bestaan uit de persoonlijke vaardigheid of ervaring van de geïmpliciteerde.

<sup>1489</sup> J. CHITTY, *Chitty on contracts*, 2008, I, 1143, nr. 16-095.

<sup>1490</sup> P. GOULDING (ed.), 266; S. MEHIGAN en D. GRIFFITHS, 45.

<sup>1491</sup> J. CHITTY, *Chitty on contracts*, 2008, I, 1140, 16-088; P. GOULDING (ed.), 267, nr. 5.203; S. MEHIGAN en D. GRIFFITHS, 25-27 (met enige kritiek op deze opvatting in het licht van geheimhoudingsovereenkomsten).

<sup>1492</sup> J. CHITTY, *Chitty on contracts*, 2008, I, 1134, nr. 16-075; P. GOULDING (ed.), 230, nr. 5.76; S. MEHIGAN en D. GRIFFITHS, 42-43.

<sup>1493</sup> E.A. FARNSWORTH, *Farnsworth on Contracts*, 2004, II, 42-43.

<sup>1494</sup> In de rechtspraak van de Amerikaanse staat Georgia hebben onbeperkte geheimhoudingsplichten bijvoorbeeld weinig tot geen kans om als redelijk te worden beschouwd, althans ten aanzien van informatie die geen *trade secret* is: Supreme Court Georgia 8 juni 1977, *Howard Schultz & Associates of the Southeast v. Broniec*, 239 Ga. 181; US District Court (Georgia, Atlanta Division) 14 augustus 1981, *Wesley-Jessen v. Armento*, 519 F.Supp. 1352 (“The covenant in the instant case is unlimited in its duration. Such covenants are consistently found to be unreasonable under Georgia decisions since Durham” – m.b.t. een vordering voor een *preliminary injunction*); P. QUITMEYER, “Trade secrets and confidential information under Georgia Law”, 19 Ga. L. Rev. 623, 667-668. Zie wel Georgia Code Title 10 Commerce and Trade – Chapter 1 Selling and other trade practices – Article 27 Trade secrets – § 10-1-767.

<sup>1495</sup> L. ALTMAN en M. POLLACK, 2 Callmann on Unfair Comp, Tr. & Mono. § 14:33.

<sup>1496</sup> § 8 van de Illinois Trade Secrets Act (765 ILCS 1065/8): “(b) This Act does not affect: (1) contractual remedies, whether or not based upon misappropriation of a trade secret, provided however, that a contractual or other duty to maintain secrecy or limit use of a trade secret *shall not be deemed to be void or unenforceable solely for lack of durational or geographical limitation on the duty*; [...]” (eigen cursivering); Appellate Court Illinois (First District, Fifth Division) 30 september 1999, *Coady v. Harpo*, 308 Ill. App.3d 153 (dit arrest stelt vast dat het loutere gebrek van dergelijke beperkingen niet problematisch is gelet op de zopas aangehaalde wettelijke bepaling en overweegt tevens: “Moreover, we find unpersuasive plaintiff’s argument that the confidentiality agreement is too broad

sluit alleen uit dat de rechter de beperkingen louter om deze reden als ongeldig zou beschouwen. Zij blijven onderworpen aan de redelijkheidstoets en kunnen dan ook onredelijk blijken op basis van een concrete toetsing<sup>1497</sup>.

Deze principes kwamen op heldere wijze aan bod in de Australische zaak *Maggbury v Hafele*<sup>1498</sup>. Maggbury beschikt over een uitvinding. Hij start onderhandelingen met Hafele met het oog op de mogelijke commercialisatie ervan. De betrokkenen sluiten twee geheimhoudingsovereenkomsten over de informatie die tijdens de onderhandelingen wordt meegedeeld. Deze vermelden op het vlak van de duur van de geheimhoudingsplichten dat “Hafele shall not at any time hereafter use the information for any purpose [...]” (artikel 5.6) en “It is a condition of this agreement that Hafele will forever observe the obligations of confidence set out in this Agreement” (artikel 11). De onderhandelingen blijken niet succesvol te zijn. Maggbury presenteert de uitvinding aan het publiek en doet een patentaanvraag. Niet lang daarna miskent Hafele de verplichtingen die uit de geheimhoudingsovereenkomsten voortvloeien. Een eerste vraag die de High Court moet beantwoorden is of de patentaanvraag het geheime karakter van de informatie teloor deed gaan. De meerderheid van de rechters beslist dat dit inderdaad het geval is (overweging 42 van het arrest). Dit leidt tot de volgende vraag, namelijk of de geheimhoudingsplichten konden voortduren *nadat* het geheime karakter was verdwenen. Het hof stelt vast dat dit daadwerkelijk de bedoeling was van de partijen gelet op de formulering van de clauses over de duur. Het beschikt dan ook niet over de mogelijkheid om af te wijken van deze uitdrukkelijke partijwil via de toevoeging van impliciete afspraken over de duur (overweging 53). De laatste vraag was dan of deze geheimhoudingsplicht onderworpen kon zijn aan de *restraint of trade doctrine*. Ook deze vraag werd bevestigend beantwoord. De *restraint* werd vervolgens ongeldig beschouwd (overwegingen 54-57).

#### 4.2.2.2 Definitie

**424. Mathematische of technisch-juridische betekenis – stipuleren van een (*ab initio*) “buitensporig lange gebondenheid”.** Mathematisch gezien is pas sprake van een onbeperkte duur indien de overeenkomst bestemd is om te duren tot in het oneindige. In dat opzicht zijn alleen de overeenkomsten die noch een uitdovende

---

because it remains effective for all time and with no geographical boundaries. Whether for better or for worse, interest in a celebrity figure and his or her attendant business and personal ventures somehow seems to continue endlessly, even long after death, and often, as in the present case, extends over an international domain. Under the facts of this case and the terms of the restrictive covenant at issue, we find that the 1995 confidentiality agreement is reasonable and enforceable”). Er weze opgemerkt dat niet elke vorm van vertrouwelijke informatie noodzakelijkerwijze een *trade secret* is. Het al dan niet kwalificeren van bepaalde vertrouwelijke informatie als een *trade secret* kan de draagwijdte van de redelijkheidstoets beïnvloeden. Zie ook voor met § 8 van de Illinois Trade Secrets Act vergelijkbare bepalingen in de staat Tennessee: § 47-25-1708 Tennessee Uniform Trade Secrets Act (T. C. A. § 47-25-1708); Georgia: § 10-1-767 Georgia Trade Secrets Act (Ga. Code Ann., § 10-1-767); G. WEINRICH en D. HART, “Protecting trade secrets and confidential information in Georgia”, 60 Mercer L. Rev. 533, 552-553. Zie verder voor Connecticut: Superior Court Connecticut (Fairfield) 3 juni 2003, *Newinno v. Peregrin Development*, 35 Conn. L. Rptr. 30; Missouri: US Court of Appeals (Eighth Circuit) 5 februari 2007, *Synergetics v. Hurst*, 477 F.3d 949. Engeland: J. CHITTY, *Chitty on contracts*, 2008, I, 1141, nr. 16-092. De uitdrukkelijke aanwezigheid van een bepaalde duur of plaats impliceert ten slotte dan weer niet dat de beperking *ipso facto* redelijk zou zijn.

<sup>1497</sup> Connecticut: Superior Court Connecticut (Fairfield) 3 juni 2003, *Newinno v. Peregrin Development*, 35 Conn. L. Rptr. 30 en 2003 WL 21493838 (Conn. Super.).

<sup>1498</sup> High Court of Australia 13 december 2001, *Maggbury v Hafele Australia*, [2001] HCA 70.

termijn, noch een redelijke opzegmogelijkheid bevatten onverenigbaar met het verbod op eeuwigdurende verbintenissen. Een verbod op eeuwigdurende verbintenissen strekt zich zonder betwisting uit tot contractuele bestanddelen met een dergelijke onbeperkte duur. Een juridische omschrijving van het begrip eeuwigheid hoeft echter niet beperkt te blijven tot wiskundige wetmatigheden. De eeuwigheid kan op juridisch vlak in *functionele zin* worden ingevuld en situaties omvatten waarbij de overeenkomst slechts bestemd is om automatisch uit te doven na een buitensporig lange duur – ook al is dit strikt genomen geen eeuwigdurende overeenkomst. Wanneer men het openbare orde karakter van het verbod op eeuwigdurende verbintenissen steunt op het principe van de persoonlijke en economische vrijheid, dan ligt het voor de hand om een ruimer begrip dan het strikt wiskundige te hanteren. Deze vrijheden worden immers evenzeer op de helling gezet door een buitensporig lange duur. Dit leidt tot een verruiming van het verbod omdat ook zeer lange tijdsbepalingen de vrijheid van de partijen op onredelijke wijze in het gedrang kunnen brengen<sup>1499</sup>.

**425. Objectieve of subjectieve toetssteen voor de juridische invulling van het begrip eeuwigheid.** Aangezien de technisch-juridische betekenis van de eeuwigheid ruimer kan zijn dan de louter wiskundige omschrijving, moeten criteria worden vastgesteld die toelaten om de onaanvaardbare eeuwige duur te onderscheiden van een aanvaardbare redelijke duur. Dit onderscheid kan op twee manieren worden geconcipieerd<sup>1500</sup>. In de eerste benadering wordt de overeenkomst getoetst aan een objectief vooraf verifieerbare drempel (bv. een maximumduur van 99 jaar<sup>1501</sup>). Contractuele bestanddelen waarvan de duur deze objectieve drempel overschrijdt, overtreden dan het verbod op eeuwigdurende verbintenissen. De tweede, subjectieve benaderingswijze gaat *in concreto* na of de persoonlijke vrijheid van één of meerdere partijen al dan niet op buitensporige wijze wordt beperkt. Hier wordt de impact van de duur getoetst aan de specifieke situatie van de betrokken partijen<sup>1502</sup>. De ‘subjectiviteit’ van deze toetsing heeft tot gevolg dat de beoordeling niet uitsluitend teruggekoppelt naar een vaste toetssteen. Dit sluit niet uit dat objectieve elementen zoals de aard van de prestatie relevant blijven bij de beoordeling van de geldigheid van de tijdsbepaling.

---

<sup>1499</sup> Zie *infra* randnr. 427 voor de mate waarin het verbod op eeuwigdurende verbintenissen zich uitstrekt tot verbintenissen van een bepaalde, buitensporig lange duur.

<sup>1500</sup> Frankrijk: J. PENNEAU, “Un contrat conclu pour une durée inférieure à la moyenne de la vie professionnelle n’est pas un contrat perpétuel”, *D* 2004, 598; C. CORGAS-BERNARD, *La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée*, thèse universiteit Lille II, 2004, 145-149, nr. 255-263; I. PETEL, 586, nr. 551 *et seq.*; O. BILLARD, 92-104; F. BUJOLI, 51-64, nr. 100-119.

<sup>1501</sup> Cf. M. PLANIOL, G. RIPERT en J. BOULANGER, II, 636-637, nr. 1985. Zie tevens art. 1 Décret des 18-29 décembre 1790 relatif au rachat des rentes foncières (m.b.t. een wettelijk maximum van 99 jaar voor huurovereenkomsten).

<sup>1502</sup> J. AZEMA, 20, nr. 27 en 74, nr. 93; C. CORGAS-BERNARD, *La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée*, thèse universiteit Lille II, 2004, 149-150, nr. 265-269; C. BLOUD-REY, *Le terme dans le contrat*, 107, nr. 107; J. MESTRE en B. FAGES, “La perpétuité est toujours prohibée” (noot onder Cass. 1e civ. (fr.) 19 maart 2002), *RTD Civ.* 2002, 510; A. CERMOLACCE en V. PERRUCHOT-TRIBOULET, “Fasc. 70 Durée dans les contrats”, *JurisClasseur Distribution*, nr. 76 (“Un contrat est dit perpétuel lorsque sa durée, telle qu’elle est fixée, engage un contractant pour une durée excessive par rapport à la durée de la vie humaine et risque ainsi de porter une atteinte disproportionnée aux libertés individuelles”); D. VEAUX, “Fasc. Unique: Contrats et obligations – Diverses espèces d’obligations – Obligations à terme”, *Juriscl. Civil Code Art. 1185 à 1188*, nr. 133.

Wettelijke bepalingen kunnen voorzien in een objectieve drempel (bv. art. 2 Erfpachtwet of art. 7, tweede lid Arbeidsovereenkomstenwet). Bij gebrek aan wettelijke grondslag kan het eeuwigdurende karakter uitsluitend *in concreto* worden getoetst<sup>1503</sup>. Er is dan geen rechtsgrond voorhanden om te toetsen aan een arbitraire objectieve drempel<sup>1504</sup>. De *in concreto* toetsing is hoe dan ook de meest nauwkeurige toetssteen aangezien de vrijheid van de contractspartijen reeds in het gedrang kan komen zonder overschrijding van een uniform vastgestelde drempel. Een toetsing *in concreto* heeft tot gevolg dat het verbod op eeuwigdurende verbintenissen een flexibel begrip is dat ruimer of strikter kan worden ingevuld naargelang de concrete weerslag van het tijdsverloop op de vrijheid van de partijen<sup>1505</sup>. Het verbod geldt daarbij zowel voor overeenkomsten aangegaan door natuurlijke personen als door rechtspersonen. Deze laatsten genieten namelijk *mutatis mutandis* van de rechten voorzien in het EVRM (cf. *supra* randnr. 225) en van het principe van de economische vrijheid<sup>1506</sup>.

Het verbod wordt in de praktijk vaak getoetst aan de verwachte levensduur van de betrokkenen<sup>1507</sup>. Het gaat echter te ver om dit als een algemene toetssteen te hanteren. Deze toetssteen zou immers ook gelden voor rechtspersonen, terwijl het naar Belgisch recht mogelijk is dat de duur van bepaalde rechtspersonen niet *a priori* is gelimiteerd door een termijn of een eenzijdig opzeggingsrecht<sup>1508</sup>. In die hypothese zou het bijvoorbeeld volstaan om een vennootschap in te schakelen als contractspartij om het verbod uit te hollen of de impact ervan op de duur minstens te minimaliseren. Men kan nochtans moeilijk betwisten dat langdurige contractuele relaties ook een aanzienlijke impact kunnen uitoefenen op de economische vrijheid van een vennootschap.

#### 4.2.2.3 Toepassingsgebied van het verbod

##### 4.2.2.3.1 Eeuwigdurende verbintenissen

**426. Het verbod viseert het eeuwigdurende karakter van verbintenissen.** Een overeenkomst mag permanente *rechtsgevolgen* teweegbrengen. Zij is bijvoorbeeld een instrument voor de overdracht van zakelijke rechten en voor de afstand van wederzijdse aanspraken in de vorm van een dading. De mogelijkheid om permanente rechtsgevolgen te scheppen wordt verklaard door het feit dat de contractuele afspraken een rol vervullen als norm voor de rechtsverhouding tussen de partijen.

<sup>1503</sup> Cf. L. CORNELIS, “De duur van het contract met opeenvolgende prestaties”, 43-44, 4.

<sup>1504</sup> Zie in die zin nochtans G. RIPERT en J. BOULANGER, II, 1957, 690, nr. 1930.

<sup>1505</sup> R. LIBCHABER, 453, nr. 20 (“Là où la liberté individuelle est menacée par la perpétuité, elle est interdite; là où à l'inverse la perpétuité, ou la durée excessive, n'entrave pas la liberté de l'individu, le principe s'affaiblit”); vgl. V. FORRAY, “III. Entreprise. Durée du contrat et liberté des parties”, *PA* 2003, II (“Finalement, c'est moins la perpétuité que l'atteinte à la liberté individuelle en raison d'une durée excessive des engagements contractuels qui constitue le principe”); F. RIZZO, *Dr. & Pat.* 2000, 60.

<sup>1506</sup> L. FREDERICQ, I, 1976, 20, nr. 9.

<sup>1507</sup> Dit werd bijvoorbeeld uitdrukkelijk verheven tot criterium bij de toetsing van arbeidsovereenkomsten (art. 7, tweede lid Arbeidsovereenkomstenwet).

<sup>1508</sup> Zie voor naamloze vennootschappen art. 645 W. Venn.

Deze contractuele norm bevat bindende regels die bestemd zijn om op een onbepaald aantal gevallen te worden toegepast (al naargelang de toepassingsvoorwaarden van de regel vervuld zijn) en brengen de afstand met zich mee van aanvullende wettelijke bepalingen die er onverenigbaar mee zijn. Schadebedingen en arbitragebedingen wijken bijvoorbeeld af van respectievelijk het gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsregime en de regels betreffende de rechtsmacht van de overheidsrechter. Een succesvol beroep op dergelijke bedingen kan op zijn beurt leiden tot verbintenissen. Zo leidt een beroep op het schadebeding tot een verbintenis om de forfaitair vastgestelde schadevergoeding te betalen. De wens van één van de partijen bij een bemiddelingsbeding om over te gaan tot bemiddeling (wat te onderscheiden is van een exceptie van bemiddeling in een gerechtelijke procedure) leidt dan weer tot de verbintenis om een bemiddelaar aan te duiden. Deze verbintenissen zijn uitvloeisels van de toepassing van de contractuele regels op een situatie die stamt uit de tijd dat de contractuele basisverhouding actief was. Zij zijn terug te leiden op het feit dat eertijds een overeenkomst is aangegaan en kunnen niet worden omzeild door een beëindiging van de overeenkomst *ex nunc*. Het voortbestaan van de overeenkomst als norm voor de afhandeling van situaties uit het verleden resulteert echter niet in eeuwigdurende verbintenissen. De verbintenissen die er naderhand uit voortvloeien zijn immers niet bestemd om permanent voort te duren. Zo doven zowel de verbintenis tot betaling van de schadevergoeding als tot het aanstellen van een bemiddelaar uit door de uitvoering ervan.

De werking van de contractuele norm als permanent referentiekader voor de contractuele rechtsverhouding kan als volgt worden geïllustreerd: een geschil dat verband houdt met de contractuele basisverhouding blijft onderworpen aan een bemiddelingsplicht, ook al werd deze basisverhouding ondertussen stopgezet. Geschillen die niets te maken hebben met de contractuele rechtsverhouding tussen de partijen -bijvoorbeeld omdat ze uitsluitend gebaseerd zijn op zaken die plaatsvonden na afloop van de contractuele basisverhouding- vallen daarentegen buiten het bereik van de bemiddelingsplicht. De contractanten zijn na afloop van de contractuele basisverhouding (en eventuele postcontractuele verbintenissen) slechts gehouden tot het ondergaan van de consequenties van hun indertijd uitgewerkte contractuele kader.

Dat een bepaalde contractuele norm permanent van kracht blijft, is niet problematisch voor de vrijheid van de partijen in de mate dat zij de norm op die manier mochten vormgeven. De partijen zijn alleen gehouden tot het passief ondergaan van de bindende kracht van de overeenkomst. Dit resulteert in een afstand van andersluidende contractuele of aanvullende wettelijke normen en leidt tot de corresponderende verplichting om de consequenties van deze rechtshandeling voortaan te dragen. De vrijheid van de partijen komt daarentegen wel in het gedrang indien één van de partijen eeuwig actief gebonden blijft aan de levering van een prestatie aan de medecontractant.

#### 4.2.2.3.2 Verbintenissen van (on)bepaalde duur

**427. Het verbod viseert zowel verbintenissen van onbepaalde als van bepaalde duur.** De classificatie van de eeuwige duur als een bepaalde of onbepaalde duur is

betwist. In haar mathematische betekenis is een eeuwigdurende overeenkomst niet bestemd om automatisch uit te doven na het verstrijken van een termijn. Op basis van deze vaststelling categoriseert een deel van de rechtsleer de verbintenis van onbeperkte duur als een onbepaalde duur<sup>1509</sup>. Een ander deel van de rechtsleer stelt daarentegen dat een verbintenis van onbeperkte duur zonder opzegmogelijkheid te beschouwen is als een verbintenis van bepaalde duur<sup>1510</sup>. De discussie over de kwalificatie van eeuwigdurende verbintenissen in mathematische zin als een bepaalde of onbepaalde duur vloeit voort uit de discussie over de betekenis van deze laatstgenoemde noties als dusdanig (*infra* randnr. 442) en is uiteindelijk niet relevant voor het bepalen van de rechtsgevolgen ervan. Beide strekkingen zijn het namelijk eens dat een verbintenis die *noch wordt beperkt door een uitdovende termijn, noch vatbaar is voor opzegging* niet verenigbaar is met het verbod op eeuwigdurende verbintenissen.

Daarnaast omvat de technisch-juridische betekenis van de eeuwige duur verbintenissen van een bepaalde, maar *buitensporig lange duur*. De kwalificatie als ‘onbeperkte’ duur is dan te verklaren door de gelijkaardige impact op de vrijheid van de partijen gecombineerd met het gebrek aan een redelijke eenzijdige opzegmogelijkheid<sup>1511</sup>. De fundering van het verbod op eeuwigdurende verbintenissen -de persoonlijke en economische vrijheid van de partijen- komt immers ook in het gedrang bij verbintenissen met een buitensporig lange bepaalde duur. Sommige rechtsleer acht het weliswaar niet opportuun om dit verbod uit te breiden naar verbintenissen van bepaalde duur uit vrees voor een aantasting van de contractuele rechtszekerheid en de bindende kracht van de overeenkomst<sup>1512</sup>. Dat de bindende kracht van de overeenkomst door dit verbod wordt aangestast, staat buiten kijf. Deze vaststelling gaat echter evenzeer op voor een verbod dat beperkt blijft tot eeuwigdurende verbintenissen in de strikt mathematische zin. Zij is niet meer dan een logisch gevolg van de premisse dat de partijen niet over het recht beschikken om hun vrijheid op buitensporige wijze te beperken.

**428. Onderscheid naargelang het moment waarop het buitensporige karakter van de duur opduikt.** Het verbod op eeuwigdurende verbintenissen komt in het gedrang wanneer een verbintenis de vrijheid van haar schuldenaar op te verregaande wijze beperkt in de tijd. Verbintenissen waarvoor partijen een eeuwige duur stipuleren zijn in beginsel nietig<sup>1513</sup>. Het gaat echter te ver om elke verbintenis die *in concreto* lang blijkt te duren als eeuwigdurend te bestempelen. Niets sluit categoriek uit dat partijen voor zeer lange tijd of zelfs over meerdere generaties gebonden zouden zijn

<sup>1509</sup> R. VAN RANSBEECK, “De opzegging”, 350, nr. 32.

<sup>1510</sup> V. FORRAY, III; F. BUJOLI, 59, nr. 112.

<sup>1511</sup> D. VEAUX, “Fasc. Unique: Contrats et obligations – Diverses espèces d’obligations – Obligations à terme”, *Jurisl.* nr. 132.

<sup>1512</sup> R. VAN RANSBEECK, “Hoofdstuk 12. Schorsing en beëindiging van overeenkomsten”, *Artikelsgewijze commentaar Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, Opzegging – 5.

<sup>1513</sup> J. GHESTIN, “Existe-t-il en droit positif français un principe général de prohibition des contrats perpétuels?” in *Mélanges en l’honneur de Denis Tallon*, (251) 255-256, nr. 5; F. TERRE, Ph. SIMLER en Y. LEQUETTE, 309, nr. 300; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, I, *Contrat et engagement unilatéral*, Parijs, PUF, 2008, 168, nr. 73, b).

(voor zover de opeenvolgende erfgenamen de nalatenschap aanvaarden). Er is bijvoorbeeld geen algemeen rechtsbeginsel dat de maximumduur van een verbintenis beperkt tot de *concrete* levensduur van de contractanten<sup>1514</sup>. De partijen worden integendeel geacht te bedingen voor hun erfgenamen, tenzij het tegendeel blijkt uit een contractueel beding of de aard van de overeenkomst (art. 1122 BW). Er is wel een probleem indien reeds op het moment van de contractsluiting duidelijk is dat de verbintenis bestemd is om buitensporig lang te duren. Men dient daarom een onderscheid te maken naargelang het buitensporige karakter van de duur al vaststaat op het moment van de contractsluiting of niet. Er is sprake van een inbreuk op het verbod op eeuwigdurende verbintenissen indien dat het geval is. De verbintenis is dan vatbaar voor dezelfde sancties als de eeuwigdurende verbintenissen in de mathematische zin. Verbintenissen waarbij de buitensporig lange duur van de verbintenissen niet *ab initio* duidelijk is, zijn echter volstrekt geldig tot stand gekomen. Zij zijn daarom niet vatbaar voor een nietigheidssanctie.

Een verbintenis waarvan de buitensporig lange duur niet vaststaat op het moment van de contractsluiting verdient, gelet op de wilsovereenstemming tussen beide partijen, het voordeel van de twijfel zonder dat dit vertrouwen *de facto* mag resulteren in een buitensporig lange gebondenheid. Beide doelstellingen worden bereikt door de wil tot behoud van een overeenkomst te toetsen aan de notie *rechtsmisbruik*. De medecontractant is immers steeds gehouden om zijn contractuele rechten te goeder trouw en dus zonder misbruik uit te oefenen. De partij die gebukt gaat onder een buitensporig lange duur beschikt daardoor nog steeds over een rechtsmiddel, ook al wordt haar overeenkomst van bepaalde duur niet geïnviseerd door het verbod van eeuwigdurende verbintenissen.

**429. Rechtsmisbruik bij de wil tot behoud van de overeenkomst van bepaalde duur via de uitvoering in natura.** De vordering tot uitvoering in natura is een eerste, beperkte hypothese waarin een beroep op rechtsmisbruik soelaas biedt voor een tijdsbepaling die buitensporig lang blijkt te duren. Een schuldeiser die wordt geconfronteerd met de weigering van zijn schuldenaar om de overeenkomst nog langer na te leven, heeft twee remedies ter beschikking: de uitvoering in natura (c.q. bij equivalent) of de ontbinding van de overeenkomst. De keuze tussen beide remedies is vatbaar voor misbruik. De rechter kan de vordering tot uitvoering in natura in geval van misbruik afwijzen en opteren voor een ontbinding (met schadevergoeding) ten nadele van de schuldenaar. Dit stelt een einde aan de overeenkomst buiten de wil van de schuldeiser om. Deze vorm van beëindiging bereikt het doel van de schuldenaar, maar is niet bepaald voordelig voor hem. De bescherming tegen het misbruik van het keuzerecht door de schuldeiser resulteert immers niet in een recht voor de schuldenaar om zich zonder enige contractuele aansprakelijkheid te ontdoen van de overeenkomst. Hij blijft aansprakelijk voor de schade die voortvloeit uit zijn wanprestatie. De schadevergoeding kan daarbij hoog

---

<sup>1514</sup> Er zijn wel specifieke verbodsbepalingen in die zin met een openbare orde karakter (bv. art. 1780 BW – zie voor een rechtshistorische analyse van dit artikel naar Belgisch en Frans recht: A. RENARD, *La prohibition de l'engagement à vie, de la condamnation du servage à la refondation du licenciement*, Brussel, Bruylant, 2009, 445p.: Cass. 31 oktober 1975, Arr. Cass. 1976, 287).



oplopen aangezien de opgelopen schade en de misgelopen contractsvoordelen van de niet-uitgevoerde, maar *in se* geldige termijn zouden moeten worden vergoed<sup>1515</sup>.

**430. Rechtsmisbruik bij de wil tot behoud van de overeenkomst via de weigering van een gezamenlijke herroeping.** Een effectieve bescherming tegen de buitensporig lange duur vereist een beëindigingsmogelijkheid die de schuldenaar niet dwingt om een wanprestatie te begaan. Dit is het geval indien de schuldenaar aantoonbaar dat de wil van de medecontractant om de overeenkomst voort te zetten neerkomt op rechtsmisbruik. De partij die meent buitensporig lang gebonden te zijn door de overeenkomst, kan haar medecontractant verzoeken om in te stemmen met een vermindering van de duur of zelfs om onmiddellijk over te gaan tot een gezamenlijke herroeping. Indien de medecontractant dit weigert, kan de rechter toetsen of het voordeel dat de medecontractant heeft bij de onverkorte handhaving van de overeenkomst opweegt tegen het nadeel waaronder de andere contractant (nl. de aantasting van de persoonlijke en economische vrijheid) te lijden krijgt. De weigering tot vermindering van de duur of tot beëindiging van de overeenkomst is namelijk een subjectief recht<sup>1516</sup> dat vatbaar is voor misbruik<sup>1517</sup>. De rechter die misbruik vaststelt, kan de rechtsuitoefening van de weigerende medecontractant vervolgens matigen. Dit laat een reductie van de duur toe die *in extremis* zelfs kan uitmonden in een recht voor de medecontractant om de overeenkomst onmiddellijk te beëindigen. De buitensporige beperking van de vrijheid van één van de contractanten wordt daardoor *de facto* geredigeerd met een recht tot eenzijdige opzegging.

**431. Besluit.** Uit het voorgaande blijkt dat de notie rechtsmisbruik een bruikbare remedie is voor de herleiding van een buitensporige duur die pas opduikt na de contractsluiting. Het is ook een evenwichtige remedie die de legitieme verwachtingen van alle contractspartijen respecteert. Beide partijen stemden ten tijde van de contractsluiting immers vrijwillig in met de voorziene termijn. Zij zijn daardoor bezwaarlijk geplaagd om achteraf hun beklag te doen over de lange duur van die termijn. Misbruik van recht is echter evenmin tolereerbaar. Bovendien zijn contractuele relaties van lange duur niet automatisch verstikkend of economisch inefficiënt voor de partijen. Een algemeen verbod op langdurige tijdsbepalingen gaat bijgevolg te ver, wat niet wegneemt dat uit de lange duur voortvloeiende buitensporige wanverhoudingen moeten worden gematigd in geval van rechtsmisbruik. Dit maakt een belangenafweging mogelijk waarbij, rekening houdend

---

<sup>1515</sup> Cf. L. CORNELIS, "De duur van het contract met opeenvolgende prestaties", 1991, 52, nr. 11.

<sup>1516</sup> Cf. G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, v° Droit subjectif: "Prérogative individuelle reconnue et sanctionnée par le Droit objectif qui permet à son titulaire de faire, d'exiger ou d'interdire quelque chose dans son propre intérêt [...]".

<sup>1517</sup> Frankrijk: Ph. SIMLER, "L'article 1134 du Code civil et la résiliation unilatérale anticipée des contrats à durée déterminée", *JCP* 1971, I.2413, nr. 15-28; D. VEAUX, *Jurisl.* 1993, nr. 12; J. GHESTIN, C. JAMIN en M. BILLIAU, 287, nr. 234; Ph. MALAURIE en L. AYNES, 2001, II, 291, nr. 487. België: B. KOHL, "La prorogation et la reconduction du contrat" (265) 270. Anders i.v.m. de voortzetting of vernieuwing van de overeenkomst: C. BLOUD-REY, 467-468, nr. 549 ("il n'existe pas de 'droit' au non-renouvellement [...] c'est l'automatisme du terme extinctif qui justifie que les parties puissent, sans devoir avancer de motifs légitimes, ne pas renouveler leurs relations"). Een partij heeft echter het recht om al dan niet in te stemmen met een contractsvernieuwing of -voortzetting en zij kan daar dan ook wel degelijk misbruik van maken.

met de belangen van beide partijen, *in concreto* kan worden getoetst of de duur van de overeenkomst aanvaardbaar is. Aangezien rechtsmisbruik wordt vastgesteld door een belangenafweging blijft een manifest buitensporige beperking van de persoonlijke en economische vrijheden van de partijen remedieerbaar, terwijl het marginale karakter van de toetsing verhindert dat de rechter een arbitraire beslissing over de juiste duur in de plaats stelt van (niet-manifest on)redelijke afspraken tussen de partijen.

#### 4.2.2.3.3 Geheimhoudingsplichten

**432. Geheimhoudingsplichten beperken de vrijheid van de geheimplichtige.** De geldigheid van eeuwigdurende geheimhoudingsplichten moet worden getoetst in het licht van de beperkingen die zij aanbrengen op de vrijheid van de partijen. Een deel van de rechtsleer poneert de stelling dat eeuwigdurende geheimhoudingsplichten zonder meer geldig zijn omdat zij de vrijheid van de geheimplichtige niet zouden aantasten. Zij steunen hiervoor op het feit dat de informatie dankzij de overeenkomst in het bezit komt van de geheimplichtige. De onderliggende premisse lijkt daarbij dat de geheimplichtige *uitsluitend* in het bezit van de informatie kon komen via de geheimhoudingsovereenkomst, zodat zijn vrijheid niet verregaander wordt beperkt dan wanneer hij de overeenkomst nooit had gesloten<sup>1518</sup>. Deze premisse is echter niet noodzakelijk valabel voor elke casus. Zij verliest uit het oog dat de meeste informatie minstens op termijn kan worden ontwikkeld door eigen navorsing<sup>1519</sup> en mogelijk ook (per hypothese zonder verlies van de relatieve vertrouwelijkheid van de gegevens) legitiem beschikbaar kan worden via andere kanalen. Uit het sluiten van een geheimhoudingsovereenkomst kan slechts met zekerheid worden afgeleid dat de geheimplichtige zichzelf een *voorsprong* verschaft op concurrenten die niet over dezelfde informatie beschikken. Bovendien geniet de informatieverstrekker (behoudens andersluidende wettelijke grondslag) geen eigendomsrecht op de informatie. De enige manier om de verspreiding door de informatieontvanger tegen te houden is, behoudens specifieke wettelijke grondslagen, om diens vrijheid rechtstreeks te beperken in de vorm van een verbintenis tot niet-verspreiding en niet-gebruik. Een blijvende geheimhoudingsplicht beïnvloedt daardoor wel degelijk de persoonlijke of economische vrijheid van de geheimplichtige, zodat een inbreuk op het verbod van eeuwigdurende verbintenissen niet categoriek kan worden uitgesloten. Dit verhindert niet dat partijen op geldige wijze langdurige geheimhoudingsplichten op zich kunnen nemen. De verklaring voor de geldigheid van deze verplichtingen is echter niet dat zij de vrijheid van de schuldenaar volledig onverlet zouden laten, maar wel dat een dergelijke beperking niet automatisch resulteert in een onaanvaardbare aanslag op de vrijheid van de geheimplichtige<sup>1520</sup>.

<sup>1518</sup> A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *La pérennité contractuelle*, 39-40, nr. 62; C. CASEAU-ROCHE, 201, nr. 236; F. RIZZO, "Regards sur la prohibition des engagements perpétuels" *Dr. & Pat.* 2000, 61, nr. 78; D. PORACCHIA, "La protection juridique des secrets de l'entreprise", *Dr. & Pat.* 2000, 25, nr. 85; I. PETEL, 592, nr. 556.

<sup>1519</sup> Zo kunnen traditionele zakengeheimen worden ontwikkeld op basis van zelfstandig onderzoek.

<sup>1520</sup> I. PETEL-TEYSSIE, "Louage d'ouvrage et d'industrie, prohibition de l'engagement perpétuel" in *Juriscl. Civil Art. 1780 fasc. B*, 1991, nr. 32-33. Bijvoorbeeld omdat de geheimhoudingsplicht niet leidt tot een buitensporige beperking van de economische activiteiten van de geheimplichtige: cf. Cass. com. (fr.) 2 april 1979, *RTD Civ.* 1979, 812 (weergave); *Gaz. Pal* 1979, 401 (weergave) (een

**433. Eeuwigdurend karakter van een geheimhoudingsplicht.** Het eeuwigdurende karakter van een geheimhoudingsplicht kan op twee manieren worden ingevuld. De duur van de geheimhoudingsplicht kan enerzijds beperkt blijven tot de levensduur van het geheim. De informatie moet dan vertrouwelijk worden behandeld totdat zij haar geheime karakter verliest of minstens totdat de informatieverstrekker geen legitiem belang meer heeft bij de geheimhouding. Deze tijdsbepalingen komen niet in conflict met het verbod op eeuwigdurende verbintenissen wanneer zij worden opgevat als van bepaalde duur (*cf. infra* randnr. 450). Dergelijke tijdsbepalingen zijn namelijk bestemd om vroeg of laat te eindigen. Dit verklaart de principiële geldigheid van geheimhoudingsplichten die voortduren “zolang de informatie geheim is”. Anderzijds kan de geheimhoudingsplicht eeuwigdurend zijn in de zin dat zij daadwerkelijk bestemd is om zonder enige beperking in de tijd te worden uitgevoerd. In dat geval is de geheimhoudingsplicht bestemd om zelfs voort te duren *nadat* het vertrouwelijke karakter van de informatie verdwenen is. Deze onbeperkte duur is ongeldig. De verbintenis zal na de verdwijning van het geheime karakter minstens moeten geherkwalificeerd naar een niet-concurrentieplicht (*supra* randnrs. 225 en 467).

#### 4.2.2.4 Voorkoming van een inbreuk bij geheimhoudingsplichten

**434. Eerste stap: het ‘disclosure window’ moet vatbaar zijn voor sluiting.** Het gevaar van een eeuwigdurende geheimhoudingsplicht schuilt niet in het feit dat elke informatieverstreking die binnen het *disclosure window* plaatsvindt een geheimhoudingsplicht doet ontstaan, ook al is het aantal informatieverstrekingen onbepaald en dus onbeperkt. Het (im)materiële voorwerp van de geheimhoudingsplichten wordt immers vroeg of laat definitief afgebakend indien het *disclosure window* als dusdanig vatbaar is voor opzegging of uitdoving. Deze sluiting van het *disclosure window* voorkomt dat de contractuele relatie nieuwe geheimhoudingsplichten genereert voor toekomstige informatieverstrekingen. In dat geval rijst geen gevaar van eeuwigdurende verbintenissen. Zoniet -d.i. indien er geen mogelijkheid is tot beëindiging van het *disclosure window* naar de toekomst toe- moet de geheimplichtige over een weigeringsrecht beschikken zodat hij geen kennis hoeft te nemen van de vertrouwelijke informatie. Dit laat hem eigenhandig toe om de schepping van nieuwe geheimhoudingsplichten te voorkomen.

**435. Tweede stap: de geheimhoudingsduur moet vatbaar zijn voor beëindiging.** De sluiting van het *disclosure window* heeft een werking *ex nunc*. Zij verhindert

---

geheimhoudingsbeding werd geldig geacht ondanks de vaststelling dat haar draagwijdte niet was beperkt in tijd en ruimte omdat deze clause de geheimplichtige niet verhinderde om zijn beroep uit te oefenen in andere domeinen). Zie tevens Versailles (5<sup>e</sup> kamer) 27 september 1994, *D* 1995, Somm. 205, noot Y. SERRA (“Ne constitue pas une clause de non-concurrence une clause de secret illimité dans le temps et dans l’espace qui ne place pas le salarié dans l’impossibilité d’utiliser sa qualification professionnelle et ne porte pas atteinte à la liberté du travail”). Er weze benadrukt dat in deze gevallen wel degelijk een beperking van de vrijheid van de geheimplichtige plaatsgrijpt. Hij kan weliswaar nog zijn beroep uitoefenen, maar niet met de volle efficiëntie. Deze beperking werd echter als aanvaardbaar beschouwd, ook al was zij bestemd om eeuwig verder te duren (steeds weer met de nuance dat het geheime karakter van de informatie behouden moet blijven).

uitsluitend het ontstaan van nieuwe geheimhoudingsplichten. De overeenkomst blijft echter gelden als referentiekader om te bepalen welke informatieverstrekkings onderworpen zijn aan een geheimhoudingsplicht. Dit is het geval voor informatieverstrekkings die binnen het *disclosure window* plaatsvonden en waarvan het voorwerp onder de contractuele definitie van te beschermen informatie valt. Geheimhoudingsplichten die aan beide voorwaarden voldoen, worden niet beïnvloed door de sluiting van het *disclosure window* – ook niet wanneer deze sluiting gepaard gaat met de beëindiging van de contractuele basisverhouding<sup>1521</sup>. Het verbod op eeuwigdurende verbintenissen vereist bijgevolg dat de al bestaande geheimhoudingsplichten op termijn uitdoven (c.q. vatbaar zijn voor eenzijdige opzegging). Dit vermijdt dat de geheimhoudingsduur onbepaald voortduurt ten aanzien van een bepaalde informatieverstrekking.

#### 4.2.2.5 Voorkoming of remediëring van een inbreuk in het algemeen

**436.** Ervan uitgaande dat het verbod van eeuwigdurende verbintenissen uitwerking heeft op de geldigheid van (een deel van) de overeenkomst kunnen potentiële inbreuken op twee manieren worden hersteld: via de (her)kwalificatie van de overeenkomst of verbintenis naar een onbepaalde duur of via de (gehele of gedeeltelijke) nietigverklaring van de overeenkomst.

**437. Interpretatievoorkeur voor of aanvulling met onbepaalde duur.** Het gebrek aan tijdsbepaling veroorzaakt een risico van eeuwigdurende gebondenheid. Dit risico wordt *a priori* voorkomen door de overeenkomst als eenzijdig opzegbaar te beschouwen. Deze interpretatie verzwakt de duurzaamheid van de overeenkomst, zodat de vrijheid van de partijen te allen tijde gevrijwaard blijft. De discussie over de nietigheid hoeft in deze hypothese niet eens te worden aangevat omdat de geldigheid van verbintenissen van onbepaalde duur niet wordt betwist. Het gevolg van de (her)kwalificatie is dat de overeenkomst *ad nutum* en zonder vergoeding kan worden opgezegd door de meest gerede partij, mits dit gebeurt op een manier die geen manifest buitensporige nadelige gevolgen teweegbrengt bij de medecontractant (*infra* randnr. 497). Een uitdrukkelijk beding in die zin is niet vereist.

De interpretatievoorkeur voor de onbepaalde duur is gebaseerd op de interpretatierichtlijnen van de artikelen 1157 BW en 1158 BW. Artikel 1157 BW stelt dat bedingen eerder moeten worden uitgelegd in de zin dat zij enig gevolg kunnen hebben<sup>1522</sup>. Er mag hieruit echter géén algemene interpretatievoorkeur ten voordele van de onbepaalde duur worden afgeleid (*infra* randnr. 460). Deze *potius ut valeat*

---

<sup>1521</sup> Men kan dit vergelijken met duur van een borgstelling ten aanzien van een kaskrediet. De verstrijking van de termijn of de opzegging van het kaskrediet heeft niet tot gevolg dat de schuld (en de daarmee corresponderende borgstelling) uitdooft: alleen de faciliteit houdt op te bestaan, het op dat moment uitstaande bedrag blijft verschuldigd (Rb. Leuven 5 september 2000, *TBBR* 2002, 462, noot C. LEBON).

<sup>1522</sup> Dit interpretatievoorschrift spoort de rechter ook aan om uitleggingen te vermijden die leiden tot de nietigheid van een clause of verbintenis (zie bv. Bergen 12 november 1979, *Rec. gén. enr. not.* 1980, 177, noot; Rb. Brussel 17 november 1975, *Pas.* 1976, III, 44; Luik 5 februari 1970, *JL* 1970-71, 49; Brussel 4 december 1964, *Pas.* 1965, II, 273).

redenering geldt alleen in de mate dat zij onmisbaar is om een inbreuk op het verbod van eeuwigdurende verbintenissen te vermijden. Artikel 1158 BW vereist dan weer dat bewoordingen die voor tweeërlei zin vatbaar zijn, worden opgevat in de zin die het best overeenkomt met de inhoud van de overeenkomst<sup>1523</sup>. Als alternatief kan de eenzijdige opzegbaarheid ook worden afgeleid uit de aanvullende werking van artikel 1135 BW, dat stelt dat de partijen niet alleen gebonden zijn tot wat zij onderling zijn overeengekomen, maar ook door wat de wet, het gebruik of de billijkheid aan de verbintenis toevoegt<sup>1524</sup>.

Een interpretatievoorkeur is bovendien alleen beschikbaar indien de wil van de partijen daadwerkelijk onduidelijk is<sup>1525</sup>. De interpretatieregels treden namelijk pas in werking van zodra effectief twijfel bestaat over de draagwijdte van deze bedingen. Deze remedie biedt dan ook alleen een oplossing indien de rechter de keuze heeft tussen de (geldige) interpretatie van de overeenkomst als van onbepaalde duur en de (ongeldige) interpretatie als van onbeperkte duur. Er is geen interpretatiemarge indien de partijen onmiskenbaar kozen voor een eeuwige duur. In dat geval kan slechts worden vastgesteld dat de overeenkomst het verbod op eeuwigdurende verbintenissen miskent. Deze keuze is volgens de Franse en Belgische meerderheidsstrekking in strijd met de openbare orde en wordt daarom gesanctioneerd met de nietigheid. De rechter heeft daarbij de keuze tussen een volledige nietigverklaring van de overeenkomst of de nietigverklaring van het ongeldige bestanddeel van de overeenkomst (m.a.w. de partiële nietigverklaring van de overeenkomst).

**438. Volledige nietigheid.** De nietigheidssanctie is een instrument dat de rechter toelaat om ongeldige rechtshandelingen te verwijderen uit het rechtsverkeer. Een eerste mogelijkheid is dat de inbreuk wordt gesanctioneerd door de nietigverklaring van de hele overeenkomst<sup>1526</sup>. De nietigheid van zowel de ongeldige tijdsbepaling als de overige contractuele bestanddelen is echter te ingrijpend als sanctie om tot een geschikt te resultaat te leiden voor elk concreet geval. Zij biedt namelijk geen enkele marge om rekening te houden met de deels legitieme bedoeling van de partijen om een bepaalde contractuele relatie tot stand te brengen en gaat daarom verder dan het strikt noodzakelijke. De openbare orde of dwingende wettelijke voorschriften worden immers afdoende gevrijwaard indien alleen de specifieke elementen die ertegen indruisen worden verwijderd uit het rechtsverkeer. Er kan dan ook voor worden gepleit om - op zijn minst indien de structuur van de rechtshandeling en de wil van de

---

<sup>1523</sup> Antwerpen 27 september 2004, *TBBR* 2006, 320 (het kan nooit de bedoeling van de partijen geweest zijn en het stemt niet overeen met de inhoud van de overeenkomst om één van de partijen een eeuwigdurend gebruikstrechrecht te verlenen. Uit de inhoud blijkt dat het bezit van deze partij net als zeer precair moet worden ingeschat).

<sup>1524</sup> R. DEKKERS, "De la rupture des contrats à durée illimitée" (noot onder Gent 16 januari 1956), *RCJB* 1957, (316) 323; M. PAPIER-JAMOULLE, "Droit et pouvoir de résiliation unilatérale dans le louage de services" (noot onder Cass. 16 oktober 1969, *RCJB* 1970, (530) 533, nr. 3; R. VAN RANSBEECK, (345) 348.

<sup>1525</sup> Elke wilsuiting vereist weliswaar interpretatie, maar de rechterlijke interpretatie mag volgens de klassieke opvatting niet ingaan tegen de wil van de partijen.

<sup>1526</sup> F. TERRE, Ph. SIMLER en Y. LEQUETTE, 309, nr. 300; K. DE LA ASUNCION PLANES, 112, nr. 149.

partijen dit toelaat (*infra* randnr. 543) - de nietigheids sanctie te beperken tot wat noodzakelijk is om de oorzaak van de nietigheid weg te werken<sup>1527</sup>.

**439. Partiële nietigheid “in de breedte” van de tijdsbepaling of van de verbintenis met de tijdsbepaling.** Geen enkele wetsbepaling voorziet in een globale<sup>1528</sup> verplichting om de nietigheid van een deel van een rechtshandeling *ipso facto* uit te breiden tot de hele rechtshandeling. De draagwijdte van de nietigverklaring kan beperkt blijven tot de specifiek nietige bestanddelen. In deze context kan de nietigheid worden beperkt tot het beding dat de ongeldige tijdsbepaling bevat. De rest van de overeenkomst blijft hierdoor onverkort van kracht, maar dan zonder de clausule met de tijdsbepaling. Een verbintenis met een individuele tijdsbepaling kan als dusdanig worden nietigverklaard<sup>1529</sup> (d.i. een nietigheid van de verbintenis met de ongeldige tijdsbepaling) of het statuut krijgen van een verbintenis van onbepaalde duur (d.i. een nietigheid van de tijdsbepaling of een herkwalificatie ervan)<sup>1530</sup> die bijgevolg eenzijdig opzegbaar is.

**440. Partiële nietigheid “in de diepte” en mogelijkheid tot behoud kwalificatie als bepaalde duur (“réfaction”, “réduction”, “révision judiciaire”, “geltungserhaltende Reduktion”, “partial enforcement”)?** In de voorgaande alinea werd de partiële nietigheid via de nietigverklaring van een beding besproken. Dit zou, behoudens vaststelling van een impliciete duur, een contractueel bestanddeel met ongeldige duur van onbepaalde duur maken (of de partijen terugbrengen naar het wettelijke regime over de duur indien dit voorhanden is voor de materie in kwestie)<sup>1531</sup>. Dit is echter niet noodzakelijk de meest wenselijke oplossing in elk geval. Bepaalde contractuele afspraken (zoals geheimhoudingsplichten) worden bijvoorbeeld uitgehouden indien ze van onbepaalde duur zouden zijn. De nietigheid zou met een nog grotere precisie kunnen worden gehanteerd door de sanctie toe te spitsen op de specifiek ongeldige inhoud van een clausule. In deze context blijft de nietigheids sanctie dan beperkt tot het inhoudelijke bestanddeel van de tijdsbepaling dat de overeenkomst een ongeldig karakter verleent<sup>1532</sup>. Het gaat in dat opzicht om een partiële nietigheid “in de diepte”. Dit zou de buitensporig lange of eeuwige duur reduceren naar een (niet-manifest on)redelijke en dus geldige duur. Deze *reductie* zou niets wijzigen aan de kwalificatie van de overeenkomst als van bepaalde duur omdat

---

<sup>1527</sup> W. VAN GERVEN, “The concept of provisional validity: the doctrine of nullity refined” in *Ius privatum gentium. Festschrift für Max Rheinstein*, II, Mohr, Tübingen, 1969, 505; naar Nederlands recht: J. HIJMA, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1988, 116-120. Zie tevens naar Frans recht: C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 1992, 236, nr. 399.I.

<sup>1528</sup> Zie weliswaar art. 1172 BW. Deze materie komt nog aan bod in randnr. 557.

<sup>1529</sup> Vred. Doornik 28 oktober 1998, *T. Vred.* 2000, 294.

<sup>1530</sup> Cass. 31 oktober 1975, *Arr. Cass.* 1976, 287; F. TERRE, Ph. SIMLER en Y. LEQUETTE, 309, nr. 300; K. DE LA ASUNCION PLANES, 115, nr. 153. Zie kritisch: A. ETIENNEY, 296, nr. 402 *et seq.* en in het bijzonder 309, nr. 423 *et seq.*

<sup>1531</sup> Cf. Ph. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, 248-249, nr. 205; M.-E. PANCRAZI-TIAN, 134-135, nr. 151.

<sup>1532</sup> Brussel 7 maart 2006, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 2006, 773; J. AZEMA, 131, nr. 167; I. PETEL, 559, nr. 523 en 590, nr. 554; Ph. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, 268, nr. 222; zie tevens O. BILLARD, 106.

het geldige deel van de tijdsbepaling overeind blijft. De mogelijkheid om over te gaan tot reductie is echter (behoudens wettelijk aanknopingspunt) zeer controversieel.

De Belgische rechtspraak aanvaardt dat de vrijheid van de contractanten zich verzet tegen buitensporig lange termijnen, maar sluit de matiging van die duur uit bij gebrek aan wettelijke grondslag. De vaststelling van een (reeds bij de contractsluiting) buitensporig lange bedongen duur brengt bijgevolg *ipso facto* de nietigheid van het hele beding met zich mee zonder mogelijkheid tot matiging<sup>1533</sup>. Dit is ook de opvatting van Azema. Deze auteur stelt dat een reductie alleen mogelijk is indien de wetgever heeft voorzien in een objectieve drempel voor de duur<sup>1534</sup>. Het Franse hof van cassatie heeft zich daarentegen welwillender opgesteld voor niet-concurrentieafspraken waarbij de schuldeiser een *legitiem belang* kon doen gelden voor de bescherming, maar die niettemin een *te verregaande beperking* inhielden op de vrijheid van de schuldenaar. Het aanvaardde namelijk dat bodemrechters dergelijke afspraken zouden matigen<sup>1535</sup>. Ook in het Duitse recht zijn te langdurige beperkingen op de concurrentievrijheid (en overeenkomsten met een te lange duur in het algemeen) ongeldig op basis van § 138, (1) BGB<sup>1536</sup>. De Duitse rechter beschikt uitzonderlijk<sup>1537</sup> op basis van § 139 BGB wel over een marge om (uitsluitend) de duur

<sup>1533</sup> Cass. 3 februari 1971, *Arr. Cass.* 1971, 538 (de rechter mag geen beperkt gevolg geven aan een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst dat hij ten dele ongeoorloofd acht - *in casu* ging het om een reductie van de locatie waarvoor het concurrentieverbod gold); Gent 25 mei 2005, *DAOR* 2005, 334; Kh. Hasselt 5 mei 2004, *Limb.Rechtsl.* 2007, 144, noot H. VAN GOMPEL; zie tevens Luik 13 december 2004, *JLMB* 2005, 1468 (op basis van art. 24 Wet Handelsagentuurovereenkomst); Antwerpen 13 september 1979, *RW* 1979-80, 2008, noot H. SWENNEN (geen gedeeltelijke uitwerking van een onbeperkt concurrentiebeding); Kh. Gent 17 oktober 1996, *TGR* 1997, 26; Rb. Gent 22 november 1893, *PP* 1894, 188, nr. 348 (weigering om de locatie van het concurrentieverbod te reduceren); *Pand. b.*, v° Concurrence illicite, 635, nr. 83; N. ULBURGHS, “Het niet-concurrentiebeding in overname-overeenkomsten”, *V & F* 1998, (99) 99. De onmogelijkheid van een reductie betekent alleen dat de contractuele niet-concurrentieplicht niet overeind kan blijven. Dit betekent niet dat de schuldeiser van het nietige concurrentieverbod geen enkele *andere* bescherming meer zou kunnen genieten. Hij kan desgevallend nog steeds beroep doen op gemeenrechtelijke beschermingsgronden zoals de vrijwaringsplicht voor eigen daad in hoofde van de verkoper van een handelszaak (Brussel 18 februari 1972, *Pas.* 1972, II, 90; Kh. Brussel 15 februari 1957, *TBH* 1957, 112; M. GOTZEN, II, 551, nr. 1251; M. GEVERS, noot onder Gent 21 januari 1950, *RCJB* 1950, (277) 290; H. SWENNEN, noot onder Antwerpen 13 september 1979, *RW* 1979-80, (2009) 2009).

<sup>1534</sup> J. AZEMA, *La durée des contrats successifs*, 24-25.

<sup>1535</sup> Cass. soc. (fr.) 18 september 2002, nr. 99-46.136, *Bull. civ.* 2002, V, 263, nr. 273 (“Mais attendu que le juge, en présence d’une clause de non-concurrence insérée dans un contrat de travail, même indispensable à la protection des intérêts légitimes de l’entreprise, *peut*, lorsque cette clause ne permet pas au salarié d’exercer une activité conforme à sa formation [...], *en restreindre l’application en en limitant l’effet dans le temps, l’espace ou ses autres modalités*” (eigen cursivering); Cass. soc. (fr.) 25 maart 1998, nr. 95-41.543, *Bull. civ.* 1998, V, 127, nr. 174 (“[la cour d’appel] a pu décider qu’il y avait lieu de réduire le champ d’application géographique de la clause [...]”). Deze matigingsbevoegdheid is niet beperkt tot de duur van de concurrentiebeperking, maar geldt ook voor andere elementen van de clausule. Zie over de matiging van de duur van niet-concurrentieclausules naar Frans recht ook reeds: Ph. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, 260-264, nrs. 218-220; M.-E. PANCRAZI-TIAN, 124, nr. 137 *et seq.* Zie over de reductie voor niet-concurrentiebedingen en verbintenissen om iets niet te doen in het algemeen: S. GERARD, 182, nr. 239 *et seq.*

<sup>1536</sup> Zie ook voor Zwitserland: art. 27 Zwitsers Zivilgesetzbuch; R. SCHLOSSER, “Der Know-how-Vertrag”, *sic!* 1998, (269) 277.

<sup>1537</sup> Het klassieke uitgangspunt is dat een *geltungserhaltende reduktion* niet mogelijk zou zijn, zodat een nietigheid wegens een te lange duurtijd in beginsel betrekking heeft op de volledige overeenkomst of clausule. Dit principe kent echter uitzonderingen (J. STAUDINGER, § 138, 2003, 276, nr. 109). *Cf.* BGH 17 oktober 2008, V ZR 14/08, *NJW* 2009, 1135. De vrees is dat het blindelings toestaan van

van de concurrentiebeperking<sup>1538</sup> of van de te lange duurtijd in het algemeen<sup>1539</sup> te reduceren. Ook sommige *common law* rechtstelsels laten onder de noemer van de *partial enforcement* een rechterlijke reductie van de inhoud van de overeenkomst toe. Dit kan hetzij gebeuren in de strikte vorm van de klassieke *blue pencil doctrine* waarbij de rechter alleen maar ongeldige bewoordingen uit de contractuele bestanddelen mag schrappen (zonder hen inhoudelijk te mogen aanpassen), hetzij in de vorm van een soepelere variant waarbij de rechter deze bestanddelen ook inhoudelijk mag matigen<sup>1540</sup> (zie ook *infra* randnr. 557).

Er is geen uniforme grondslag van deze eventuele rechterlijke bevoegdheid tot matiging of reductie (waarvan zelfs het bestaan als dusdanig zeer controversieel is). Een Belgische auteur kwalificeert de ingreep als een vorm van conversie<sup>1541</sup>. De Franse rechtsleer heeft het over een *réfaction*<sup>1542</sup>, terwijl de *geltungserhaltende Reduktion* in Duitsland wordt gebaseerd op de *Teilnichtigkeit* (de zogenaamde “Quantitative Teilnichtigkeit”)<sup>1543</sup>. De in enkele Amerikaanse staten toegepaste soepele variant van de *blue pencil rule* is ten slotte gebaseerd op een ruime invulling van het discretionaire karakter van *equitable relief*<sup>1544</sup>.

---

reducties tot een vorm van *moral hazard* leidt. De schuldeiser zou immers steeds ongeldige afspraken in zijn voordeel kunnen stipuleren indien hij erop kan rekenen dat de rechter deze ongeldigheid slechts zal reduceren naar een geldige regeling, in plaats van het risico te lopen de bedongen afspraak in haar geheel te verliezen.

<sup>1538</sup> BGH 13 maart 1979, KZR 23/77, NJW 1979, 1605; BGH 29 oktober 1990, II ZR 241/89, NJW 1991, 699; BGH 29 januari 1996, II ZR 286/94, NJW-RR 1996, 741; BGH 14 juli 1997, II ZR 238/96, NJW 1997, 3089; BGH 8 mei 2000, II ZR 308/98 NJW 2000, 2584; BGH 18 juli 2005, II ZR 159/03, NJW 2005, 3061; BGH 10 december 2008, KZR 54/08, GRUR 2009, 698. Een reductie is niet toegestaan indien de concurrentiebeperking om een andere reden strijdig is met 138 BGB.

<sup>1539</sup> BGH 14 juni 1972, VIII ZR 14/71, NJW 1972, 1459.

<sup>1540</sup> § 184, *Restatement (second) of contracts* (Rest 2d Contr § 184); J. PERILLO, *Calamari and Perillo on contracts*, 2009, 575-576, § 16.21; E.A. FARNSWORTH, *Farnsworth on Contracts*, 2004, II, 93-94. Zie kritisch: G.T. PRIVATEAU, “Putting the blue pencil down: an argument for specificity in noncompete agreements”, 86 Neb. L. Rev. 672, 687-688; C. SULLIVAN, “The Puzzling Persistence of Unenforceable Contract Terms”, 70 Ohio St. L.J. 1127, 1157-1161.

<sup>1541</sup> A. VAN OEVELEN, “De nietigheid van de overeenkomst” in *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 1 juli 2008, titel VII (de aangehaalde voorbeelden hebben wel allen betrekking op situaties waarin kon worden teruggevallen op een wettelijk voorziene minimum- of maximumduur). Zie over deze rechtsfiguur J. RONSE, “Gerechtelijke conversie van nietige rechtshandelingen”, *TPR* 1965, 199-227 (de auteur hanteert hierbij geen zuiver subjectief of hypothetisch criterium van de partijwil, maar het objectieve criterium van de goede trouw); Kritisch: L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, 725-726. In het Nederlandse recht wordt de mogelijkheid van gerechtelijke conversie objectief ingevuld (art. 3:42 van het Nederlandse BW). Zie naar Duits recht: § 140 BGB. De *umdeutung* wordt echter afgewezen als grondslag van een reductie van de duur. Deze rechtsfiguur heeft namelijk tot doel om rechtshandelingen te vrijwaren waarvan de doelstelling geldig is, maar het concrete middel om er uiting aan te geven ongeldig is. Bij een buitensporige duur is het nagestreefde doel als dusdanig echter ongeldig (J. STAUDINGER, § 138, 2003, 277, nr. 112).

<sup>1542</sup> K. DE LA ASUNCION PLANES, 110-117 (herziening zonder aanwezigheid van een wettelijk voorziene duur) en 117-130 (herziening in aanwezigheid van een wettelijk voorziene duur); A. BOUJEKA, “La conversion par réduction: contribution à l’étude des nullités des actes juridiques formels”, *RTD Com.* 2002, 223, nr. 37 (die het ook heeft over de “réduction pour excès”). Zie ook (i.v.m. de *resolution*) A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, 467, nr. 846 *et seq.*

<sup>1543</sup> Cf. § 139 BGB; K. UFFMAN, *Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, 19-21; J. STAUDINGER, § 138, 2003, 276, nr. 109 *et seq.*

<sup>1544</sup> J. PERILLO, *Calamari and Perillo on contracts*, 2009, 576; G.T. PRIVATEAU, “Putting the blue pencil down: an argument for specificity in noncompete agreements”, 86 Neb. L. Rev. 672, 687-688.



De keuze tussen de volledige of de partiële nietigheid (weze het van het beding *an sich* of een deel daarvan) moet worden gemaakt op basis van de partijwil en, voor zover aanwezig, van de wil van de wetgever (*infra* randnr. 546). Daarenboven kan de overeenkomst worden aangevuld op basis van artikel 1135 BW. De vervanging van een rechtshandeling door een rechtshandeling die niet overeenstemt met de wil van de partijen of wettelijke bepalingen is daarentegen niet toegelaten. Dit miskent de bindende kracht van de overeenkomst<sup>1545</sup>. Het mag één van de partijen ook niet worden toegestaan om onwettelijke afspraken of te verregaande beperkingen te stipuleren erop speculerend dat (als het al tot een gerechtelijke procedure leidt) de rechter deze ongeldige afspraken toch zal matigen<sup>1546</sup>. De categorieke weigering om louter wegens het gebrek van een specifieke wettelijke basis de duur van bedingen te reduceren gaat daarentegen te ver. Er dient minstens te worden nagegaan of deze ingreep, in de mate dat dit niet indruist tegen de openbare orde of specifieke dwingende wettelijke bepalingen, kan worden gesteund op een partijwil die desgevallend volgens de gemeenrechtelijke regels wordt geïnterpreteerd of aangevuld (het is immers niet ondenkbaar dat de reductie van een clause beter strookt met de wil van de partijen dan de volledige verdwijning ervan) .

**441. Synthese van de voorgestelde remedies: matiging wegens rechtsmisbruik of reductie wegens nietigheid.** Sommige auteurs stellen de introductie van een eenzijdige opzegbaarheid van de overeenkomst voorop als de meest geijkte remedie voor eeuwigdurende verbintenissen<sup>1547</sup>. Zij kan worden gesteund op drie afzonderlijke grondslagen. Ten eerste kan de matiging van een geldige tijdsbepaling wegens rechtsmisbruik *in extremis* uitmonden in een situatie waarbij (een deel van) de contractuele relatie eenzijdig opzegbaar wordt (*supra* randnr. 429). Ten tweede is er een interpretatievoorkeur voor de eenzijdige opzegbaarheid in de mate dat deze noodzakelijk is voor de geldigheid van de overeenkomst en deze geen blijk geeft van het tegendeel. Ten derde is er de mogelijkheid van een partiële nietigheid van de tijdsbepaling. De eerste grondslag impliceert dat de eeuwigdurende tijdsbepaling geldig is, maar *in concreto* uitmondt in rechtsmisbruik. De tweede en derde grondslag vertrekken van de premisse dat dergelijke tijdsbepalingen ongeldig zijn. Het verschil tussen de partiële nietigheid (*in casu* de reductie) en het rechtsmisbruik schuilt in het aanknopingspunt van de sanctie. Bij de nietigheid is (een deel van) de bedongen duur ongeldig en dit ondanks de oorspronkelijke wilsovereenstemming van de partijen. Bij rechtsmisbruik is de duur als dusdanig geldig en vloeit de onrechtmatigheid voort uit de vaststelling dat de weigering tot inkorting of onmiddellijke herroeping van deze geldige duur buitensporige schade aanricht bij de medecontractant. De gelijkenissen tussen beide rechtsfiguren zijn dat noch de partiële nietigheid, noch het

---

Zie ook C. SULLIVAN, (1127) 1171 (“some courts view modification as part of the severability analysis and others seem to treat it simply an exercise of equitable power”).

<sup>1545</sup> Cass. 23 maart 2006, *RCJB* 2007, 422, noot C. CAUFFMAN. Zie tevens I. PETEL, 590, nr. 554.

<sup>1546</sup> Zo stelt § 184 (2), *Restatement (second) of contracts* (Rest 2d Contr § 184) dat de partij die zich op de gedeeltelijke afdwingbaarheid wenst te beroepen te goeder trouw moet geweest zijn bij het stipuleren ervan.

<sup>1547</sup> A. BENABENT, 212, nr. 312; I. PETEL, 355, nr. 333 *et seq*; F. RIZZO, *Dr. & Pat.* 2000, 60. Kritisch: J. AZEMA, *La durée des contrats successifs*, 25.

rechtsmisbruik *ipso facto* leiden tot een te allen tijde opzegbare overeenkomst, maar slechts in laatste instantie (bij de nietigheid: indien de tijdsbepaling *an sich* ongeldig is, al is een gedeeltelijke reductie op deze basis zeer controversieel; bij rechtsmisbruik: indien zelfs elke vermindering van de duur manifest onredelijk zou zijn). Bovendien vinden (althans in de huidige stand van het Belgische recht) noch de vernietiging<sup>1548</sup>, noch de reductie wegens rechtsmisbruik buitengerechtelijk plaats.

De remediëring van geheimhoudingsplichten met een ongeldige tijdsbepaling is een delicate evenwichtsoefening. De wederzijdse prestaties staan namelijk in een andere verhouding tot het tijdsverloop. De kenmerkende prestatie van de informatieverstrekker is aflopend en wordt volbracht door de terbeschikkingstelling van de informatie. De tegenprestatie van de informatieontvanger strekt zich daarentegen noodzakelijkerwijze uit in de tijd. Er moet daarom voorzichtig worden omgesprongen met de introductie van opzeggingsrechten in duurovereenkomsten waar partijen deze niet uitdrukkelijk voor ogen hadden. Dit riskeert namelijk de doelstelling van de overeenkomst en de economische verhoudingen tussen de partijen volledig te doorkruisen<sup>1549</sup>. Een *ad nutum* opzegbare geheimhoudingsplicht is immers maar één wilsuiking verwijderd van een definitieve beëindiging. Deze remedie biedt dan ook geen geschikte oplossing indien de overeengekomen duur een wezenlijk bestanddeel was van het contractuele evenwicht. Het behoud van een deel van deze duur kan in die hypothese dichter aansluiten bij de oorspronkelijke bedoeling van de partijen.

Het is evenmin efficiënt om een ongeldige of buitensporige geheimhoudingsduur te remediëren met de nietigverklaring van de overeenkomst of van de tijdsbepaling als dusdanig<sup>1550</sup>. De uitwissing of introductie van een *ad nutum* opzegbaarheid van de geheimhoudingsplicht ontnemen elk nut aan de overeenkomst voor de informatieverstrekker, terwijl de informatieontvanger voortaan vrij over de informatie beschikt. Deze remedie riskeert even onbillijk te zijn als het verholpen probleem omdat zij geen rekening houdt met het contractuele evenwicht tussen de partijen. De meest geschikte remedie is in dit geval daarom *de partiële nietigverklaring van het ongeldige bestanddeel van de tijdsbepaling* (m.a.w. de reductie) of minstens het op zoek gaan naar een mogelijke impliciete duur indien de ongeldige tijdsbepaling in haar totaliteit uit de overeenkomst wordt verwijderd. Deze reductie van de duur beperkt het risico op wanverhoudingen zonder de oorspronkelijke opzet van de partijen te negeren. Hun wil om een economische operatie tot stand te brengen waarvan de gevolgen voor de geheimplichtige zich uitstrekken in de tijd blijft gerespecteerd. De vrees voor een miskenning van het bindende karakter van de overeenkomst is daarbij niet gegrond in de mate dat de tussenkomst wordt gegrond op de uitdrukkelijke of impliciete resp. geïnterpreteerde of aangevulde wil van de partijen.

---

<sup>1548</sup> Zie uitgebreid: J. BAEK, “(Feitelijk?) Vooruitlopen op de vernietiging en de ontbinding van contracten”, *TPR* 2008, (321) 324-344.

<sup>1549</sup> I. PETEL, 553, nr. 516: “Contrepartie presque toujours, d’avantages matériels, la stipulation ne peut disparaître seule; elle laisserait un contrat déséquilibré, sans rapport avec la convention initialement élaborée par les parties”; M.-E. PANCRAZI-TIAN, 134-135, nr. 151.

<sup>1550</sup> Vgl. M. LEFRANÇOIS, 194, nr. 378.

### 4.3 Criteria voor de aflijning van de duurzaamheid van de overeenkomst

#### 4.3.1 Twee perspectieven

**442.** Een onderzoek naar de duurzaamheid van de overeenkomst kan niet voorbij aan de klassieke gemeenrechtelijke criteria die worden gehanteerd voor de vaststelling van de contractuele duur, meer bepaald de bepaalde en de onbepaalde duur. De betekenis van deze noties is echter vaag en betwist. Daarom wordt in eerste instantie een alternatief begrippenkader geformuleerd dat deze noties overstijgt. Dit begrippenkader heeft tot doel om de discussie over het onderscheid tussen de (on)bepaalde duur toe te spitsen op haar essentie, namelijk het spanningsveld tussen het verbod op eeuwigdurende verbintenissen en de bindende kracht van de overeenkomst.

De duurzaamheid van de overeenkomst wordt geanalyseerd vanuit twee perspectieven: enerzijds de *abstracte duur* van contractuele bestanddelen, waarbij wordt onderzocht of een contractueel bestanddeel in de tijd wordt afgebakend door een uitdovende termijn, en anderzijds de *concrete duur*, waarbij de mogelijkheid dat een contractueel bestanddeel los van de desgevallend voorziene abstracte duur een einde neemt -in het bijzonder via een eenzijdige opzegging- wordt onderzocht.

**443. Abstracte duur: de termijn.** Enerzijds is er het niveau van de abstracte duur. Deze duur kan expliciet of impliciet worden vastgelegd ten tijde van de contractsluiting of op een later tijdstip. De duur van contractuele bestanddelen is *in abstracto* ‘bepaald’ indien zij wordt begrensd door een *maximumduur* die op termijn leidt tot de automatische uitdoving van deze bestanddelen. Zij is ‘onbepaald’ indien dat niet het geval is. De zekerheid *dat* de contractuele bestanddelen op de bepaalde of bepaalde datum uitdoven *indien en voor zover* zij op dat moment nog bestaat, volstaat om het verbod op eeuwigdurende verbintenissen te respecteren. Het is daarbij niet vereist dat de overeenkomst met zekerheid nog zal bestaan op dat moment. Zekerheid over de abstracte duur impliceert dus nog geen zekerheid over de concrete duur.

Contractuele bestanddelen met uitdovende maximumduur *kunnen* bestemd zijn om voort te duren zonder eenzijdige opzegmogelijkheid voor de partijen. Het uitdovende karakter van de tijdsbepaling voorkomt immers een eeuwige duur (behoudens de gevallen waarin een buitensporige termijn wordt gestipuleerd – *supra* randnr. 427). Contractuele bestanddelen zonder uitdovende maximumduur *moeten* daarentegen een mogelijkheid tot eenzijdige opzegging bieden en deze mogelijkheid moet voldoen aan een aantal strikte vereisten.

De maximumtermijn vermindert de duurzaamheid van een contractueel bestanddeel *in abstracto* omdat het hierdoor wordt bestemd om automatisch uit te doven bij het verstrijken van de termijn. De verlenging of voortzetting van de contractuele relatie na die datum vereist een nieuwe

wilsovereenstemming. Een overeenkomst zonder maximumduur duurt daarentegen *ad infinitum* voort behoudens actieve tussenkomst van de partijen.

**444. Concrete duur: de opzegmogelijkheid.** Anderzijds is er het niveau van de concrete duur van de overeenkomst. Op dit niveau staan de factoren centraal die de reële duur van de overeenkomst beïnvloeden. De reële duur van de overeenkomst staat niet noodzakelijk gelijk aan de (desgevallend) voorziene maximumduur. De overeenkomst kan naargelang de omstandigheden ook vroeger eindigen. De factoren die in staat zijn om de reële duur te beïnvloeden, liggen enerzijds *buiten de uitsluitende wil van één van de partijen* zoals overmacht, wanprestatie van de medecontractant of de inhoud van dwingende wettelijke bepalingen. Deze opties gelden als potentiële beëindigingsgrond voor elke overeenkomst (althans voor elke door de wettelijke norm geviseerde overeenkomst) – ook indien deze overeenkomst een maximumduur bevat. Bovenop deze (min of meer<sup>1551</sup>) objectieve gronden tot beëindiging kan de overeenkomst ook een *subjectieve mogelijkheid tot beëindiging* bieden in de vorm van een eenzijdig opzeggingsrecht en biedt zij steeds een *gezamenlijk herroepingsrecht* op basis van art. 1134 BW.

Dit niveau laat toe om na te gaan hoe de overeenkomst kan worden beëindigd, d.w.z. welke opzegmodaliteiten aanwezig *moeten* zijn voor een overeenkomst zonder uitdovende maximumduur en welke opzegmodaliteiten *kunnen of mogen* aanwezig zijn om een overeenkomst met uitdovende maximumduur vroegtijdig te beëindigen. Een eenzijdig opzeggingsrecht is onmisbaar indien de overeenkomst niet *in abstracto* wordt begrensd door een maximumduur. In dat geval ontstaat een risico op eeuwigdurende verbintenissen. De objectieve gronden tot beëindiging zijn als dusdanig namelijk niet in staat om een eeuwigdurende gebondenheid te remediëren. De toepassing ervan is onderworpen aan specifieke voorwaarden die niet in elke hypothese vervuld zullen zijn, zodat zij geen globale garantie bieden tegen de eeuwigdurendheid. Dit gevaar wordt, bij gebrek aan maximumduur, slechts geneutraliseerd door een eenzijdige beëindigingsmogelijkheid waarop in elke omstandigheid beroep kan worden gedaan. De overeenkomst hoeft daarentegen geen eenzijdig opzeggingsrecht te bieden indien haar levensduur *in abstracto* beperkt is (desgevallend met uitzondering van de buitensporig lange duur). Het opzeggingsrecht is in die hypothese slechts een vrijblijvende optie die de partijen in hun overeenkomst mogen introduceren indien zij hun zinnen zetten op een minder duurzame overeenkomst, zodat zij over ruimere beëindigingsmogelijkheden beschikken dan de standaardgronden. Deze opzegmodaliteiten zijn geldig en moeten door de partijen worden gerespecteerd. Een volstrekt potestatief opzeggingsrecht, waarbij één van de partijen een onbeperkte bevoegdheid heeft om de contractuele relatie te beëindigen, kan wel leiden tot een herkwalificatie van de overeenkomst als een contractuele

---

<sup>1551</sup> De loutere wil van één van de partijen volstaat niet om de overeenkomst op basis van deze gronden te beëindigen. Dit sluit niet uit dat de wil van één van de partijen de beëindiging kan uitlokken. Zo kan de al dan niet opzettelijke wanprestatie van één van de partijen leiden tot de ontbinding van de overeenkomst door de keuze van de medecontractant. Deze beëindigingsgrond zijn echter niet louter subjectief. Er is tevens een objectief element mee gemoeid, zijnde een gedraging van de medecontractant.

relatie van onbepaalde duur, wat dit recht zou onderwerpen aan de minimumvereisten die daarvoor gelden (*infra* randnr. 515).

De introductie van een minimumduur heeft uitwerking op het niveau van de concrete duur. Zij leidt namelijk tot de tijdelijke opschorting van het opschortingsrecht waarover de partijen beschikken.

Zowel de uitdovende termijn als de opzegging hebben uitwerking *ex nunc*. Dit betekent dat de beëindiging alleen voor de toekomst werkt. Reeds verworven rechten blijven behouden. De duur als maatstaf voor de bepaling van de omvang van de prestatie is te onderscheiden van de duur als maatstaf voor de uitvoering van de prestatie. Een prestatie die niet (volledig) tijdig werd uitgevoerd kan in beginsel nog steeds in natura worden geleverd op een later tijdstip, tenzij deze uitvoering zinloos is geworden<sup>1552</sup>.

**445. Onderzoeksvragen.** Aan de hand van dit begrippenkader kunnen een aantal onderzoeksvragen worden geformuleerd:

1) *Hoe specifiek moet de zekerheid over het eindpunt van de abstracte duur zijn?* Moet het eindpunt *ab initio* volstrekt vaststaan of volstaat de zekerheid dat het einde zal plaatsvinden - ook al staat niet precies vast wanneer? Deze vraag moet duidelijk maken of verbintenissen van bepaalde duur onder het regime van de bepaalde duur vallen.

2) *Is zekerheid over de abstracte duur verenigbaar met onzekerheid over de concrete duur?* Deze vraag is van belang om uit te klaren of een verbintenis van bepaalde duur vatbaar kan zijn voor een opzegging of andere gronden die eerder dan voorzien een einde kunnen stellen aan de verbintenis.

3) *Is onzekerheid over de concrete duur verenigbaar met zekerheid over de abstracte duur?* Dit spiegelbeeld van de voorgaande vraagstelling spitst zich toe op de vraag of een verbintenis van onbepaalde duur mag worden begrensd door een uitdovende maximumduur.

4) *Is het opzeggingsrecht vatbaar voor modalisering?* Het antwoord op deze laatste vraag moet duidelijk maken of een overeenkomst van onbepaalde duur *ipso facto* gepaard gaat met een opzeggingsrecht dat te allen tijde kan worden uitgeoefend en een onmiddellijke werking heeft.

---

<sup>1552</sup> Zie uitgebreider over deze vaststellingen, met voorbeelden inzake geheimhouding: K. ANDRIES, “Duur, duurzaamheid en beëindiging van contractuele relatie vanuit een gemeenrechtelijk perspectief” in P. NAEYAERT en E. TERRY (eds.), *Beëindiging van overeenkomsten met handelstussenpersonen*, Brugge, die Keure, 2009, (1) 53-61, nrs. 51-53. Zie naast de aldaar aangehaalde verwijzingen ook nog m.b.t. het tijdvak van de uitvoering vanuit een Duits perspectief: G. WIESE, “Beendigung und Erfüllung von Dauerschuldverhältnissen” in *Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag*, Wenen, Beck, 1965, I, (837) 840-843. Deze auteur stelt dat de uitvoering van een *Dauerleistung* altijd is gekoppeld aan een bepaalde of bepaalbaar tijdvak zodat de prestatie alléén binnen dit tijdvak kan worden geleverd. Een wanprestatie leidt niet tot de uitdoving van de schuld, maar de prestatie wordt gelet op de uitdoving van de *Erfüllungszeiraum* omgezet naar een schadevergoeding. Dit verliest o.i. ten onrechte uit het oog dat het tijdvak voor de uitvoering niet *ipso facto* een essentieel element is van de verbintenis en dat een uitvoering in natura ook naderhand nog zinvol kan zijn.

5) *Moet de bedongen termijn steeds een uitdovend karakter hebben t.a.v. de contractuele relatie als dusdanig?* Deze vraag gaat na of een verbintenis van “bepaalde” duur steeds vatbaar moet zijn voor automatische uitdoving, d.w.z. voor een beëindiging die plaatsvindt zonder actieve tussenkomst van één van de partijen.

#### 4.3.2 (On)bepaaldheid van de duur

##### 4.3.2.1 Basisomschrijving van de begrippen

**446. Zekerheid over het feit van de beëindiging als uitgangspunt voor het onderscheid: bepaalde duur.** De overeenkomst of verbintenis van *bepaalde* duur wordt klassiek gedefinieerd als die waarvan de uitdoving gekoppeld is aan de verstrijking van een termijn<sup>1553</sup>. Het einde van deze termijn wordt afgebakend door een (toekomstige en) zekere gebeurtenis<sup>1554</sup>. Dit zekere karakter onderscheidt de termijn van de voorwaarde<sup>1555</sup>. De bepaaldheid van de duur vloeit daarbij voort uit de *automatische uitdoving* na afloop van de voorziene termijn, dus bij de realisatie van de toekomstige en zekere gebeurtenis.

**447. Zekerheid over het feit van de beëindiging als uitgangspunt voor het onderscheid: onbepaalde duur.** Verbintenissen die niet bestemd zijn om automatisch uit te doven, worden niet begrensd door een uitdovende tijdsbepaling en zijn daardoor *a contrario* te kwalificeren als van onbepaalde duur<sup>1556</sup>. De verklaring voor deze kwalificatie is dat de partijen geen expliciete of impliciete einddatum hebben vastgelegd ten tijde van de contractsluiting<sup>1557</sup>. Zonder zekere afbakening in

---

<sup>1553</sup> F. VERMANDER, “Bedingen over de duur van het contract, zijn voortzetting en zijn opzegging”, (227) 230 (“de overeenkomst eindigt dan automatisch wanneer de overeengekomen periode verstrijkt”); Th. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, 21-22, nr. 13; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, *Introduction, théorie générale des droits et des lois, les personnes, la famille*, Brussel, Bruylant, 1962, 201, nr. 136; L. CORNELIS, “De duur van het contract met opeenvolgende prestaties”, (39) 45, nr. 5; I. CLAEYS en L. PHANG, *TPR* 2008, (375) 432, nr. 73; zie tevens L. DEMEYERE, “Rechtshandelingen ter beëindiging van overeenkomsten”, (11) 36; Frankrijk: J. GHESTIN, C. JAMIN en M. BILLIAU, 2001, 281, nr. 230; J. AZEMA, 9, nr. 13 en 184-186, nrs. 241-242; R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L’acte unilatéral dans les rapports contractuels* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 1996, 118, nr. 115.

<sup>1554</sup> Th. DELAHAYE, “La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée en droit belge” in *Droit des contrats France, Belgique* 2, Brussel, Larcier, 2006, (223) 229; P. GLINEUR, noot onder Bergen 13 januari 1977, *RGAR* 1983, 10616-8, v°; Frankrijk: M. NOSSEREAU, *Dr. & Pat.* 2000, (50) 51; L. LAWSON-BODY, *Petites Affiches* 2002, (3) nr. 5; M. BEHAR-TOUCHAIS, “Fasc. 175 : Extinction du contrat. – Les causes”, *JurisClasseur Contrats – Distribution*, nr. 119.

<sup>1555</sup> Cass. 17 april 1975, *Arr. Cass.* 1975, 914; Cass. 21 januari 2000, *Pas.* 2000, 163; Brussel 21 februari 2001, *JLMB* 2002, 1310.

<sup>1556</sup> Cf. Cass. 9 maart 1973, *Pas.* 1973, I, 671; L. CORNELIS, “De duur van het contract met opeenvolgende prestaties”, (39) 43, nr. 4; Th. DELAHAYE, “La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée en droit belge”, (223) 231; I. CLAEYS en L. PHANG, *TPR* 2008, (375) 432, nr. 73; Frankrijk: L. LAWSON-BODY, *Petites Affiches* 2002, (3) nr. 31; D. VEAUX, nr. 139.

<sup>1557</sup> M. TAQUET, noot onder Cass. 22 november 1957, *JT* 1960, (190) 191; Th. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, 22, nr. 13. Zie tevens L. CORNELIS, “De duur van het contract met opeenvolgende prestaties”, (39) 43 en de verwijzingen aldaar.

de tijd kan de verbintenis in theorie eeuwig voortbestaan<sup>1558</sup>. Deze potentiële onbeperktheid wordt klassiek geremedieerd door de overeenkomst aan te vullen met een eenzijdig opzeggingsrecht<sup>1559</sup> dat van openbare orde wordt geacht<sup>1560</sup> (*infra* randnr. 507). Hierdoor beschikt elke partij over de mogelijkheid om eenzijdig uit de contractuele relatie te stappen van zodra zij meent dat de voortzetting ervan niet meer strookt met haar belangen.

#### 4.3.2.2 Hoe specifiek moet de zekerheid over het eindpunt van de abstracte duur zijn?

**448. Inhoud van de notie bepaalde duur.** Een contractueel bestanddeel is van bepaalde duur indien het expliciet of impliciet wordt begrensd door een uitdovende

<sup>1558</sup> Kh. Luik 22 december 1999, *RRD* 2001, 39; G. BRICMONT, noot onder Brussel 11 december 1964, *JT* 1965, (282) 283 en noot onder Brussel 27 juni 1966, *JT* 1966, 705; Th. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, 22, nr. 13. Vgl. Cass. 15 december 2006, *RW* 2007-08, 104, noot M. MUYLLE (een recht van opstal dat wordt bedongen voor een onbepaalde duur vestigt in werkelijkheid een zakelijk recht van meer dan vijftig jaar en moet worden herleid naar de wettelijke maximumduur van 50 jaar – op basis van art. 4 Wet van 10 januari 1824 over het recht van opstal).

<sup>1559</sup> Zie naar Belgisch recht o.a.: Cass. 2 april 1936, *Pas.* 1936, I, 208; Cass. 16 oktober 1969, *Arr. Cass.* 1970, 167; Cass. 9 maart 1973, *Pas.* 1973, I, 640; Cass. 22 november 1973, *Pas.* 1974, I, 327; Cass. 6 april 1978, *Arr. Cass.* 1978, 898; Cass. 29 mei 1998, *Pas.* 1998, I, 658; Gent 4 juni 2008, *NjW* 2009, 83, noot M. DAMBRE; Luik 17 december 2007, *JLMB* 2008, 1609, noot P. KILESTE en C. STAUDT; Luik 28 juni 2007, *JLMB* 2008, 1603, noot P. KILESTE en C. STAUDT; Gent 4 juni 2007, *TGR-TWVR* 2007, 327; Antwerpen 3 februari 2005, *TBBR* 2007, 387; Brussel 26 september 2002, *JLMB* 2005, 1452; Gent 11 september 2002, *RABG* 2003, 663, noot B. VEECKMANS; Brussel 8 februari 2001, *TBH* 2003, 500, noot P. KILESTE; Brussel 21 december 2000, *TBH* 2002, 107; Bergen 20 december 1999, *AJT* 2000-01, 226; Gent 10 december 1997, *TBH* 1998, 267 (weergave); Bergen 16 oktober 1984, *TBH* 1985, 636, noot C. PARMENTIER; Luik 24 december 1962, *JL* 1962-63, 187; Kh. Brussel 2 december 2004, *RW* 2006-07, 574; Kh. Gent 3 november 2003, *TGR-TWVR* 2004, 110; Kh. Bergen 4 december 2002, *DAOR* 2003, 81; Kh. Luik 22 december 1999, *RRD* 2001, 39; Rb. Neufchâteau 20 januari 1993, *T. Gez.* 1996-97, 373, noot. L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, 814, nr. 629; Advies RvS over het wetsvoorstel op de concessies van alleenverkoop, *Pasin.* 1967, (634) 635; B. TILLEMANS, *Ontbinding van vennootschappen*, Kalmthout, Biblo, 1997, 23-24, nr. 1 en de verwijzingen aldaar; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, 52, nr. 18; C. DELFORGE, “L’unilatéralisme et la fin du contrat”, 107, nr. 64; R. VAN RANSBEECK, “Hoofdstuk 12 Schorsing en beëindiging van overeenkomsten – Afdeling 5 Opzegging”, 5; X. DIEUX, “Observations sur l’article 1794 du Code civil et sur son champ d’application” (noot onder Cass. 4 september 1980), *RCJB* 1981, (528) 544-546, nrs. 7 en 8. Zie hierover kritisch naar Frans recht: A. ETIENNEY, 608, nr. 824 *et seq.* (deze auteur stelt terecht vast dat de toekenning van een absoluut opzeggingsrecht het contractsevenwicht in het gedrang kan brengen voor één van de partijen en wenst dit te voorkomen via het poneren van een *durée obligatoire* die noodzakelijk is voor de vrijwaring van het nut van de overeenkomst voor beide partijen en die niet kan worden omzeild door de uitoefening van een absoluut opzeggingrecht of de stipulering van een te korte duur). Vgl. met de notie “redelijke duur” bij Bloud-Rey (C. BLOUD-REY, 113, nr. 112 *et seq.*).

<sup>1560</sup> Cass. 30 september 1991, *Arr. Cass.* 1991-92, 108 (t.a.v. art. 1780 BW en art. 7 Arbeidsovereenkomstenwet); Gent 4 juni 2008, *NjW* 2009, 83, noot M. D.; Luik 28 juni 2007, *JLMB* 2008, 1603, noot P. KILESTE en C. STAUDT; Arbh. Brussel 13 september 2005, *Computerr.* 2006, 100, noot P. VAN EECHE en B. OOMS; Kh. Brussel 2 december 2004, *RW* 2006-07, 574; P. VAN OMMESLAGHE, “Examen de jurisprudence (1974 à 1982) – Les obligations (suite)”, *RCJB* 1988, (33) 38, nr. 148; M. PAPIER-JAMOULLE, *RCJB* 1970, (530) 546, nr. 24; L. CORNELIS, “De duur van het contract met opeenvolgende prestaties”, (39) 57, nr. 15; Th. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, 123, nr. 101; J. BAECK, “Gevolgen tussen partijen” in *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, IV Commentaar verbintenissenrecht, Titel II, Hfdst. 6, II.B.2*; R. KRUIHOF, *TPR* 1983, (495) 518, nr. 14; P. GORIS, ““Niets is voor eeuwig” Enkele civielrechtelijke gedachten bij de wedergeboorte van de altijddurende lening”, *T. Fin. R.* 2002, (183) 190-191.

tijdsbepaling. De verstrijking van deze termijn wordt bepaald aan de hand van een toekomstige, maar *in abstracto* zekere gebeurtenis. Het zekere karakter van de gebeurtenis vereist dat de datum waarop de overeenkomst (uiterlijk) eindigt hetzij volstrekt bepaald, hetzij minstens bepaalbaar is <sup>1561</sup>. Deze bepaaldheid of bepaalbaarheid moet worden vastgesteld op het moment van de contractsluiting <sup>1562</sup>.

**449. Volstrekt bepaalde duur (*certus an, certus quando*).** Een uitdovende termijn is volstrekt bepaald wanneer de einddatum ervan wordt vastgesteld op een specifiek tijdstip. Dit tijdstip kan een precieze kalenderdatum zijn (bv. 1 januari 2012) of de referentie naar een periode met een welomlijnd begin- en eindpunt (bv. vijf jaar na de ondertekening van de overeenkomst). Deze preciseringen creëren een termijn *certus an, certus quando*. Dit is een tijdsbepaling waarvan het verloop al van bij de aanvang volstrekt vaststaat. Het moet daardoor ten tijde van de contractsluiting <sup>1563</sup> zowel (*in abstracto*) zeker zijn *dat* de termijn zal aflopen als *wanneer* dit zal gebeuren. Het volstrekt bepaalde karakter van de termijn sluit niet uit dat twijfel kan rijzen over de juiste aflijning van de duur <sup>1564</sup>. Er kan discussie ontstaan over de vraag of de aanvangs- of verstrijkingsdatum (bv. “tot 1 januari” resp. “tot en met 1 januari”) tot de termijn behoort en of het exacte tijdstip van de verstrijking moet worden berekend van dag tot dag (d.w.z. van middernacht tot middernacht) dan wel van uur tot uur. Dergelijke onduidelijkheden brengen het bepaalde karakter van de datum echter niet in het gedrang. Zij kunnen worden weggewerkt door de interpretatie of aanvulling van de overeenkomst <sup>1565</sup>.

**450. Bepaalbare duur (*certus an, incertus quando*).** De geldigheid van een tijdsbepaling vereist niet dat de duur van de contractuele relatie met mathematische precisie berekenbaar is op het moment van de contractsluiting. Het volstaat dat de duur minstens bepaalbaar is op dat moment <sup>1566</sup>. Dit is het geval indien de

---

<sup>1561</sup> Cf. het voorgestelde art. 1185 van het Franse Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit à la prescription, Rapport à Monsieur Pascal Clément, 22 september 2005.

<sup>1562</sup> H. ROLAND, “Regards sur l’absence de terme extinctif dans les contrats successifs”, (737) 742. Niets weerhoudt de partijen om, via een nieuwe wilsovereenstemming, een relatie van onbepaalde duur gedurende haar bestaan af te bakenen of om een relatie van bepaalde duur te verlengen of de tijdsbepaling ervan net op te heffen (cf. Wrr. Ber. Brussel 3 augustus 1967, TSR 1968, 256; Th. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, 136, nr. 113). Het is aan te raden om de doelstelling van de partijen hierbij zo duidelijk mogelijk tot uitdrukking te brengen. Het stipuleren van een uitdovende termijn in een relatie van onbepaalde duur betekent immers niet *ipso facto* dat de partijen afstand wensen te doen van hun principiële opzeggingsrecht. Zij kunnen evenzeer de implementatie van een loutere maximumduur op het oog hebben.

<sup>1563</sup> J. AZEMA, 74, nr. 93.

<sup>1564</sup> Zie de overwegingen bij G. BAUDRY-LACANTINERIE en L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, XIII, Parijs, Larose en Tenin, 1907, 172-174, nrs. 1002-1005; H. CAPITANT, *Introduction à l’étude du droit civil*, Parijs, A. Pedone, 1925, 393-395, nr. 323-324; C. BLOUD-REY, 279-281, nr. 324-327; J.M. MOUSSERON, P. MOUSSERON, J. RAYNARD en J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, 223, nr. 527; C. CAUFFMAN, *De verbindende eenzijdige belofte*, 773, nr. 1195, *et seq.* Zie tevens art.1:304 PECL en het voorgestelde art. 1186 van het Franse Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit à la prescription heeft tot doel een aanvullende standaardregeling in te voeren voor de berekening van de aanvangsdatum.

<sup>1565</sup> Antwerpen 9 maart 1995, TAVW 1997, 42.

<sup>1566</sup> België: Cass. 17 april 1975, Arr. Cass. 1975, 914; Vred. Tielt 5 februari 1976, T. Not. 1977, 140; zie tevens Cass. 14 januari 1890, Pas. 1890, I, 143 (opschortende tijdsbepaling *certus an, incertus quando*). S. STIJNS, “De opschortende voorwaarde in de onroerende koop: de notariële praktijk tegen



overeenkomst de nodige elementen bevat om de (begin- en) einddatum van een verbintenis naderhand te concretiseren<sup>1567</sup>. Dergelijke termijnen zijn *certus an*, maar *incertus quando*. De partijen hebben de zekerheid *dat* de termijn ooit zal verstrijken zonder dat zij ten tijde van de contractsluiting precies weten *wanneer* dit zal gebeuren. De loutere onzekerheid over de exacte duur van de verbintenis resulteert bijgevolg niet in een kwalificatie als onbepaalde duur<sup>1568</sup>. Verbintenissen van bepaalde duur zijn eveneens onderworpen aan het regime van de verbintenissen van bepaalde duur.

De geldigheid van tijdsbepalingen *certus an*, *incertus quando* is te verklaren door de vaststelling dat het verbod op eeuwigdurende verbintenissen (behoudens de hypothese van de buitensporig lange duur) geen bijzondere eisen stelt op het vlak van de concrete duur zolang de duur van deze overeenkomst op afdoende wijze begrensd is *in abstracto* via een uitdovende termijn. Het is met andere woorden niet vereist dat de partijen in staat zouden zijn om exact te voorspellen hoe lang zij gebonden zullen zijn op het moment van de contractsluiting, zolang zij weten dat hun gebondenheid geen buitensporige beperking van hun vrijheid met zich zal meebrengen.

In de Franse rechtsterminologie wordt het onderscheid tussen de tijdsbepaling *certus an*, *certus quando* en *certus an*, *incertus quando* doorgaans weergegeven met de noties *terme certain* resp. *terme incertain*<sup>1569</sup>. Zowel Planiol en Ripert als De Page merkten terecht op dat deze terminologie nodeloos verwarrend is<sup>1570</sup>. Beide tijdsbepalingen zijn zeker in de zin dat zij gekoppeld zijn aan een zekere gebeurtenis. Het verschil tussen de noties schuilt slechts in de zekerheid over het precieze tijdstip waarop de termijnen verstrijken. Dit tijdstip is zeker bij verbintenissen van volstrekt bepaalde duur en onzeker bij verbintenissen van bepaalde duur.

De tijdsbepaling *certus an*, *incertus quando* is een waardevol instrument voor de opstellers van overeenkomsten. Bij de keuze voor een volstrekt bepaalde duur moeten partijen uitgaan van veronderstellingen over hun noden die mogelijk niet stroken met de realiteit. Zij leggen in die hypothese namelijk de duur van hun relatie reeds in detail vast op het moment van de totstandkoming van de overeenkomst, terwijl in de loop van de uitvoering daarvan kan blijken dat een andere (soepelere of net meer rigide) invulling van de duur wenselijker was. Het achterwege laten van elke tijdsbepaling is evenmin een bevredigende oplossing. De juridische precariteit van verbintenissen van onbepaalde duur maakt dit zeer riskant voor prestaties waarvan de

---

het licht gehouden van de recente rechtspraak en rechtsleer”, *Not. Fisc. M.* 2008, (77) 79, nr. 6; H. DE PAGE, I, 180, nr. 136; P. GLINEUR, *RGAR* 1983, 10616-8, v° en 10616-9; F. VERMANDER, “Bedingen over de duur van het contract, zijn voortzetting en zijn opzegging”, (227) 231, nr. 4. Frankrijk: J. AZEMA, 73, nr. 92 en 77, nr. 97; J. GHESTIN, C. JAMIN en M. BILLIAU, 2001, 276, nr. 223; F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, 1145-1147, nr. 1200. Deze bedelingen gelden niet in de context van het arbeidsrecht.

<sup>1567</sup> J.M. MOUSSERON, P. MOUSSERON, J. RAYNARD en J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, 223-224, nr. 528-529.

<sup>1568</sup> Overeenkomsten die worden gesloten voor de duur van het leven van één van de contractspartijen vallen onder de noemer van bepaalde duur in plaats van onbepaalde duur: Cass. 17 december 1999, *Arr. Cass.* 1999, 686.

<sup>1569</sup> Zie bv. H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, 382, nr. 311.

<sup>1570</sup> M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, VII, Parijs, Librairie générale, 1954, 337, nr. 999; H. DE PAGE, I, 180-181, nr. 136. Tevens: J. AZÉMA, 72, nr. 90; J. GHESTIN, C. JAMIN en M. BILLIAU, 2001, 209, nr. 168.

waarde net afhankelijk is van een duurzame uitvoering in de tijd. De flexibiliteit van de tijdsbepaling *certus an, incertus quando* komt tegemoet aan beide risico's: aan de ene kant wordt het risico dat de bedongen duur te kort of te lang is vermeden, terwijl deze tijdsbepaling bij gebrek aan principiële opzegbaarheid aan de andere kant even stabiel is als een verbintenis van volstrekt bepaalde duur<sup>1571</sup>.

4.3.2.3 Is zekerheid over de abstracte duur van de contractuele relatie verenigbaar met onzekerheid over de concrete duur?

**451. Bijkomende vereiste voor de kwalificatie als bepaalde duur: zekerheid over het precieze tijdstip van de beëindiging en de concrete beëindigingsgrond?** Een deel van de rechtsleer en rechtspraak gaat verder en vereist dat niet alleen het feit van de beëindiging, maar ook het precieze tijdstip ervan of de concrete beëindigingsgrond zeker moet zijn voor de kwalificatie bepaalde duur<sup>1572</sup>. Het volstaat in deze hypothese niet dat partijen *in abstracto* zeker zijn dat hun verbintenis vroeg of laat een einde zal nemen. Zij zouden reeds op het moment van de contractsluiting met zekerheid moeten kunnen bepalen wanneer de contractuele relatie *in concreto* een einde neemt.

1) *Gevolgen voor contractuele relaties met tijdsbepalingen certus an, incertus quando*<sup>1573</sup>. Ten eerste riskeren in deze benadering alléén tijdsbepalingen *certus an, certus quando* onder de noemer van de bepaalde duur te vallen<sup>1574</sup>. De partijen weten

---

<sup>1571</sup> Er is immers geen algemene interpretatievoorkeur voor de onbepaalde duur (*infra* randnr. 23). Dit vermoeden geldt hooguit in de mate dat dit een miskenning van het verbod op eeuwigdurende overeenkomsten voorkomt.

<sup>1572</sup> Cass. 22 november 1957, *JT* 1960, 190, noot M. TAQUET; Arbh. Luik 2 februari 1994, *JTT* 1994, 446; Arbh. Brussel 21 juni 1972, *JT* 1973, 677 (arbeidsovereenkomst); Arbh. Antwerpen (afd. Hasselt) 6 juni 1978, *RW* 1978-79, 1790 (arbeidsovereenkomst); Vred. Torhout 6 september 1994, *T. Agr. R.* 1995, 190 ("Aangezien een overeenkomst voor bepaalde duur slechts ten einde komt bij het verstrijken van de termijn"); M. TAQUET, noot onder Cass. 22 november 1957, *JT* 1960, 190; M. TAQUET, noot onder Wrr. Ber. Brussel 9 juli 1959, *JT* 1960, 580. Deze standpunten werden ingenomen in het arbeidsrecht, waar de specifieke noden en belangen van de beschermde partij specifieke oplossingen vereisen die kunnen afwijken van het gemene recht (zie kritisch over de extrapolatie van deze opvattingen naar het gemene recht: C. BLOUD-REY, 388, nr. 452, *et seq.*; I. CLAEYS en L. PHANG, *TPR* 2008, (375) 422, nr. 65). Frankrijk: H. ROLAND, "Regards sur l'absence de terme extinctif", *Mélanges offerts à monsieur le professeur Pierre Voirin*, Parijs, LGDJ, 1966, (737) 739 ("Cette faculté de résiliation unilatérale, qui oppose les contrats à durée indéterminée aux contrats à durée déterminée [...] donne la mesure de l'intérêt qui s'attache à une exacte qualification du contrat successif"); J. MOULY, noot onder Cass. soc. (fr.) 5 juli 1995, *D* 1996, 280, nr. 6 ("Lorsqu'elles sont convenues d'une clause de cette nature [een opzegbeding], les parties ne peuvent avoir conclu un contrat à durée limitée dont l'extinction ne saurait en aucune manière dépendre de la volonté de l'une d'entre elles"). I. PETEL, 701, nr. 663 *et seq.*

<sup>1573</sup> Er is sprake van een tijdsbepaling *certus an, certus quando* wanneer het zowel zeker is dat de gebeurtenis zal plaatsvinden (*certus an*) als wanneer dat precies zal gebeuren (*certus quando*). Een tijdsbepaling is daarentegen *certus an, incertus quando* wanneer het zeker is dat de gebeurtenis zal plaatsvinden (*certus an*), maar het onzeker is wanneer dat precies zal gebeuren (*incertus quando*). Zie o.m. J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht in Recht en Onderneming*, Brugge, die Keure, 2007, 20.

<sup>1574</sup> Cf. M. TAQUET, noot onder Cass. 22 november 1957, *JT* 1960, 190 ("En d'autres mots, le terme à échéance incertaine a pour effet de donner au contrat la qualité de contrat à durée indéterminée, même si l'échéance du terme ne dépend d'aucune des parties").

bij tijdsbepalingen van *certus an, incertus quando* (d.w.z. van bepaalde duur) immers niet wanneer de gebeurtenis zich precies zal voordoen<sup>1575</sup>.

2) *Gevolgen voor contractuele relaties met eenzijdige opzegmogelijkheden of andere beëindigingsgronden*. Ten tweede wordt de vereiste van zekerheid over de precieze duur door sommige aanhangers van deze strekking zo ver doorgetrokken dat een contractuele relatie alleen van bepaalde duur kan zijn indien het met volstreckte zekerheid vaststaat dat de verbintenis nog zal bestaan op de voorziene einddatum. Elke onzekerheid over de concrete duur sluit daardoor een kwalificatie als bepaalde duur uit. Zo brengt zelfs een beperkte eenzijdige opzegmogelijkheid reeds onzekerheid met zich mee over het precieze tijdstip van de beëindiging<sup>1576</sup>. Hierdoor staat de duur *in concreto* niet met zekerheid vast ten tijde van de contractsluiting.

**452. Verwerping van de bijkomende vereiste: verbintenissen met tijdsbepalingen eindigen niet *ipso facto* door de tijdsbepaling als dusdanig.** De betrekking van concrete beëindigingsgronden bij de toetsing van de (on)bepaaldheid van de duur leidt tot een onterechte vermenging van de abstracte (on)zekerheid over het feit van de beëindiging met de concrete onzekerheid die te wijten is aan allerlei factoren, waaronder de wil van de partijen en die in staat zijn om het reële voortbestaan van de contractuele relatie tot aan de voorziene einddatum te dwarsbomen<sup>1577</sup>. Deze benadering draait de oorzaak-gevolg analyse om<sup>1578</sup>: de verbintenis is niet eenzijdig opzegbaar omdat haar duur onbepaald is, maar haar duur zou onbepaald zijn omdat zij eenzijdig opzegbaar is. Dit heeft verregaande gevolgen wanneer men uitgaat van het principe dat de kwalificatie van een verbintenis als van onbepaalde duur gepaard gaat met een ongebreideld opzeggingsrecht. Men moet namelijk vaststellen dat men nooit volstrekt zeker is dat de verbintenis *in concreto* blijft voortbestaan tot de verstrijking van de bedongen termijn. Alleen factoren zoals overmacht, gezamenlijke herroeping, wanprestatie, verbreking wegens dringende reden<sup>1579</sup>, etc. kunnen verhinderen dat de verbintenis voortduurt tot aan de voorziene termijn. De redenering dat de kwalificatie bepaalde duur zekerheid *in concreto* vereist, zou leiden tot absurde resultaten. Zo tast een *beperkt opzeggingsrecht* evenzeer de zekerheid over de concrete duur van de overeenkomst aan. Een verbintenis met beperkte opzegmogelijkheid zou in deze visie immers eveneens moeten worden geherkwalificeerd naar een onbepaalde duur met

<sup>1575</sup> Zie *infra* m.b.t. de kwalificatie van deze overeenkomsten in het arbeidsrecht randnr. 26.

<sup>1576</sup> Cf. M. TAQUET, noot onder Wrr. Ber. Brussel 9 juli 1959, *JT* 1960, 580 (“L’accord des volontés s’étant réalisé sur une durée fixe, comment l’une de ces volontés pourrait-elle faire expirer la convention avant la date convenue d’un commun accord? [...] Au moment où il s’engage, le salarié ignore la durée de son engagement. Il sait qu’il ne dépassera pas la date fixée au contrat; mais il sait aussi qu’avant cette date, le contrat peut être rompu moyennant préavis ou indemnité. Pareil contrat doit être considéré comme étant à durée indéterminée [...]”). Zie tevens G. BRICMONT, noot onder Brussel 11 december 1964, *JT* 1965, 281 (“Il s’ensuit qu’aucun contractant ne savait quand le contrat prendrait fin puisque sa rupture était purement potestative dans le chef de chaque partie [...]”). Zie tevens Kh. Brussel 29 juni 2007, *RABG* 2008, 623, noot N. VAN DE SYPE (waarin wordt vastgesteld dat een overeenkomst van bepaalde duur niet vatbaar is voor opzegging).

<sup>1577</sup> P.-Y. GAUTIER, “Le ‘rachat’ de son contrat par un joueur de football: résiliation unilatérale avec dédit”, *RTD Civ.* 1992, 590 (“[...] s’il y a incertitude sur le terme du contrat, elle se développe à l’intérieur du délai, parfaitement déterminé, affecté de la ‘date-butoir’ stipulée par les parties”).

<sup>1578</sup> R. ENCINAS DE MUNAGORRI, 118, nr. 114; C. BLOUD-REY, 389, nr. 455.

<sup>1579</sup> M. TAQUET en C. WANTIEZ, noot onder Cass. 15 april 1982, *JTT* 1982, (349) 349-350.

ongebreideld opzeggingsrecht, waardoor de bedongen opzegmodaliteiten net zouden vervallen.

De bijkomende vereiste van zekerheid *in concreto* is dan ook af te wijzen<sup>1580</sup>. Deze visie miskent de wil van de partijen zonder dat de openbare orde in het gedrang is. De aanwezigheid van de uitdovende termijn voorkomt immers (behoudens de hypothese van een buitensporig lange duur) het risico van een onbeperkte duur waarop de principiële opzegbaarheid van de onbepaalde duur is gesteund. Zij vindt bovendien geen steun in de Belgische cassatierechtspraak (t.a.v. het gemene recht) die een beperkt opzeggingsrecht als onvoldoende beschouwt voor de herkwalificatie van een bepaalde duur *certus an, incertus quando* naar een onbepaalde duur<sup>1581</sup>. Onzekerheid over de duur *in concreto* vormt bijgevolg geen obstakel voor een kwalificatie van een verbintenis als van bepaalde duur<sup>1582</sup>.

#### **453. Verwerping van de bijkomende vereiste: eenzijdige opzeggingsrechten zijn méér dan een corollarium van het verbod op eeuwigdurende verbintenissen.**

Daarnaast kan uit het verbod om eeuwigdurende verbintenissen aan te gaan niet *a contrario* worden afgeleid dat alléén verbintenissen van onbepaalde duur (d.i. zonder uitdovende termijn) vatbaar zouden zijn voor eenzijdige opzegging. Ook een dergelijke redenering draait de oorzaak-gevolg analyse om. De vaststelling dat het opzeggingsrecht bij verbintenissen van onbepaalde duur een noodzakelijk corollarium is van het verbod op eeuwigdurende verbintenissen<sup>1583</sup> impliceert immers niet dat het uitsluitend een uitvloeisel mag zijn van dit verbod. Het opzeggingsrecht kan op basis van de contractsvrijheid ook worden bedongen in gevallen waar haar ‘remediërende’ functie niet noodzakelijk is omdat de contractuele relatie wel op afdoende wijze werd afgebakend in de tijd<sup>1584</sup>. De vaststelling dat de duur van de overeenkomst *in abstracto* is gekoppeld aan een toekomstige en zekere gebeurtenis hoeft immers niet te verhinderen dat de partijen haar vroeger kunnen stopzetten indien zij dat

---

<sup>1580</sup> Frankrijk: R. ENCINAS DE MUNAGORRI, 117-118, nrs. 113-114; C. BLOUD-REY, 388, nr. 452, *et seq.*; P.-Y. GAUTIER, *RTD Civ.* 1992, 590; zie tevens: J. AZEMA, 192-195, nr. 247-254 (deze auteur vertrekt van het principe dat de onbepaalde duur valt af te leiden uit de opzegbaarheid, maar stelt vast dat een opzegbeding in een overeenkomst van bepaalde duur niet *ipso facto* hoeft te leiden tot de herkwalificatie ervan naar een onbepaalde duur); België: I. CLAEYS en L. PHANG, *TPR* 2008, (375) 433, nr. 74.

<sup>1581</sup> In die zin: Cass. 29 mei 1998, *Pas.* 1998, I, 658 (de bodemrechter verantwoordt zijn beslissing niet naar recht indien hij beslist dat een huurovereenkomst die van rechtswege eindigt “uiterlijk bij” het overlijden een overeenkomst van onbepaalde duur is wegens het louter eenzijdige recht van de huurders om de overeenkomst op iedere verjaardag stop te zetten); Arbrb. Oudenaarde 6 november 1997, *Soc. Kron.* 1999, 547. Zie tevens R. DELANGE, conclusie bij Cass. 8 juni 1961, *Pas.* 1961, I, (1096) 1097.

<sup>1582</sup> Taquet aanvaardt dit overigens ook. Cf. de analyse van Taquet en Wantiez: “cette définition [van de arbeidsovereenkomst van bepaalde duur] n’exclut pas nécessairement que les parties puissent être ‘déchargées de leurs obligations réciproques’ avant l’échéance du terme et, donc, pour une autre cause de celle-ci” (M. TAQUET en C. WANTIEZ, noot onder Cass. 15 april 1982, *JTT* 1982, (349) 349).

<sup>1583</sup> Cf. P. SIMLER, “L’article 1134 du Code civil et la résiliation unilatérale anticipée des contrats a durée déterminée”, *JCP* 1971, I, 2413, nr. 1 (“Cette particularité apparaît comme un corollaire nécessaire de la prohibition de l’engagement perpétuel”); J. ROCHFELD, “Les modes temporels d’exécution du contrat”, *RDC* 2004, (47) nr. 17.

<sup>1584</sup> Deze mogelijkheid kan ook bij wet voorzien zijn (zie bv. art. 2004 BW).

wensen<sup>1585</sup>. De contouren en uitoefeningsmodaliteiten van dit recht kunnen al ten tijde van de contractsluiting worden uitgewerkt<sup>1586</sup> in de vorm van een beding dat voorziet in het recht van één of beide partijen om de overeenkomst eenzijdig op te zeggen<sup>1587</sup>.

**454. Nuancering van de verwerping: een tijdsbepaling mag geen volstrekt potestatief karakter hebben.** De vereiste dat de realisatie van de uitdovende gebeurtenis *in abstracto* zeker moet zijn heeft tot gevolg dat deze realisatie niet volledig in de macht van één van de partijen mag liggen. De verbintenis is dan immers bestemd om voort te duren totdat één van de partijen de stopzetting wenst. In die hypothese is geen sprake van een uitdovende tijdsbepaling, maar van een eenzijdig opzeggingsrecht. De duur van de verbintenis is bij gebrek aan zeker karakter van de uitdoving niet alleen onbepaald *in concreto*, maar ook *in abstracto*. Het is immers niet zeker dat de partij in kwestie de stopzetting zal wensen. Dit doet opnieuw het gevaar van een eeuwigdurende verbintenis rijzen voor de medecontractant<sup>1588</sup> en riskeert het voorwerp van de volstrekt potestatief opzegbare verbintenis uit te hollen.

4.3.2.4 Is onzekerheid over de concrete duur van de contractuele relatie verenigbaar met zekerheid over de abstracte duur?

---

<sup>1585</sup> Men kan hier een *qui peut le plus, peut le moins* redenering in ontwaren: indien partijen zich onherroepelijk mogen verbinden gedurende een bepaalde termijn, staat (voor zover dit het voorwerp of de oorzaak van de aangegane verbintenissen niet uitholt) niets hen in de weg om modaliteiten te bedingen voor een vroegtijdige beëindiging. Er weze echter opgemerkt dat deze rechtsspreuk geen algemeen rechtsbeginsel is volgens de Belgische cassatierechtspraak (Cass. 25 november 1994, *Arr. Cass.* 1994, 1023 (verkort)).

<sup>1586</sup> Voorz. Bergen 5 maart 2003, *JT* 2004, 12; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, *Les incapables, les obligations*, Brussel, Bruylant, 1964, 728; S. STIJNS, “De beëindiging van de kredietovereenkomst: macht en onmacht van de (kort geding-) rechter”, *TBH* 1996, (102) 131, nr. 32; F. VERMANDER, “Bedingen over de duur van het contract, zijn voortzetting en zijn opzegging”, (227) 247-248, nr. 33; I. CLAEYS en L. PHANG, *TPR* 2008, (375) 434-447, nrs. 75-93. Frankrijk: J. GHESTIN, C. JAMIN en M. BILLIAU, 2001, 290-293, nr. 239-240; A. CERMOLACCE en V. PERRUCHOT-TRIBOULET, *Jurisl. Contrats – Distribution*, Fasc. 70 : *Durée dans les contrats*, nr. 187; S. AMRANI-MEKKI, “La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée”, *Défrenois* 2003, 369; J. AZEMA, 194-195, nrs. 251-254 (deze auteur merkt op dat de kwalificatie van de bepaalde duur behouden kan blijven ondanks de aanwezigheid van een opzegbeding); C. CORGAS-BERNARD, “La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée en droit français” in *Droit des contrats France, Belgique* 2, Brussel, Larcier, 2006, (181) 200-203, nrs. 37-43; J. FLOUR, J.-L. AUBERT en E. SAVAUX, *Les obligations*, I, *L’acte juridique*, Parijs, Colin, 2002, 293, nr. 380-2; G. RIPERT en J. BOULANGER, II, 188, nr. 483; H., L., J. MAZEAUD en F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, II/1, *Les obligations*, Parijs, Montchrestien, 1991, 860, nr. 727. Zie tevens art. 1794 BW. Deze eenzijdige opzegmogelijkheid voor de opdrachtgever is ook van toepassing op aannemingsovereenkomsten van bepaalde duur. De partijen kunnen haar contractueel uitwerken (Brussel 17 maart 2004, *Res Jur. Imm.* 2004, 113) of zelfs uitsluiten (Gent 17 december 2002, *DAOR* 2002, 314).

<sup>1587</sup> Antwerpen 28 juni 2001, *TBBR* 2002, 390 (de eenzijdige opzegmogelijkheid is in principe strijdig met artikel 1134 BW, maar het is de partijen niet verboden om een dergelijke mogelijkheid tot eenzijdige opzegging in de vorm van een partijbeslissing overeen te komen); Brussel 28 september 1989, *TBH* 1990, 675 en *JLMB* 1990, 11, noot M. WILLEMART.

<sup>1588</sup> C. BLOUD-REY, 108-110, nr. 108. Zie tevens C. CORGAS-BERNARD, *La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée*, 279, nr. 525 *et seq.* (deze auteur beroept zich op art. 1174 BW (dat de nietigheid voorschrijft van potestatieve voorwaarden) als grondslag voor de nietigverklaring van arbitraire opzegbedingen). Een beroep op deze grondslag is in feite overbodig gelet op het verbod op eeuwigdurende verbintenissen en de gemeenrechtelijke geldigheidsvereisten van het voorwerp.

**455. Effect van enige onbepaaldheid binnen een tijdvak van bepaalde duur: combinatie van een uitdovende termijn met een voorwaarde.** De vaststelling dat onzekerheid over de concrete duur niet hoeft te resulteren in een kwalificatie als onbepaalde duur betekent dat de introductie van een voorwaarde in een overeenkomst geen invloed heeft op de kwalificatie als een bepaalde of onbepaalde duur. Zo wijzigt de aanwezigheid van een ontbindende voorwaarde (met of zonder retroactieve werking) niets aan de aard van de duur, die nog steeds *bepaald of onbepaald* kan zijn<sup>1589</sup>. Deze voorwaarde creëert slechts onzekerheid over het *concrete tijdstip* waarop de verbintenis eindigt. Deze onzekerheid blijft zeer relatief indien de verbintenis is begrensd door een tijdvak van bepaalde duur. Het staat namelijk met zekerheid vast dat de verbintenis zal uitdoven indien zij op een bepaald of bepaalbaar tijdstip nog bestaat. Alleen de ondergrens van de *concrete duur* is in die hypothese afhankelijk van de eventuele realisatie van de voorwaarde. Gevolg daarvan is dat de overeenkomst niet onbeperkt eenzijdig opzegbaar hoeft te zijn aangezien het verbod op eeuwigdurende verbintenissen slechts eisen stelt aan de bovengrens van de duur. De begrenzing met een maximumduur verhindert immers dat de verbintenis eeuwig blijft voortduren. De realisatie (c.q. het uitblijven) van de onzekere gebeurtenis kan de verbintenis die is gekoppeld aan een ontbindende voorwaarde uitsluitend vroeger doen eindigen aangezien zij ten laatste uitdooft bij de verstrijking van de maximumduur. De niet-opzegbaarheid van deze relatie komt daarom niet in conflict met de openbare orde ondanks de aanwezigheid van een beperkte onbepaaldheid.

Aangezien de voorwaarde niets wijzigt aan de aard van de duur kunnen ook verbintenissen van *onbepaalde duur* (d.i. zonder uitdovende termijn) worden beperkt door een voorwaarde. Deze verbintenis blijft in die hypothese vatbaar voor eenzijdige opzegging.

**456. Voorwaardelijke gebeurtenissen en de duur van geheimhoudingsplichten.** De vaststelling dat de introductie van een ontbindende voorwaarde geen herkwalificatie naar een onbepaalde duur met zich meebrengt, opent perspectieven voor de opstellers van geheimhoudingsovereenkomsten. Niets verhindert dat een geheimhoudingsplicht van bepaalde duur (die bv. geldt voor een duur van 10 jaar of totdat de informatie in het openbare domein valt) wordt gekoppeld aan een ontbindende voorwaarde (met of) zonder retroactieve werking. De informatieontvanger kan naargelang de omstandigheden van zijn geheimhoudingsplicht worden ontslagen voordat de bedongen geheimhoudingsduur is verstreken. Een typische voorwaarde bij geheimhoudingsafspraken is dat de geheimhoudingsplicht een einde neemt zodra de geheimplichtige aantoonbaar dat hij op legitieme wijze toegang heeft tot de informatie via alternatieve kanalen. Het kan daarbij gaan om de eigen ontwikkeling van de informatie of de terbeschikkingstelling ervan via derden. Beide hypothesen zijn (minstens subjectief) onzekere gebeurtenissen. Het staat namelijk niet vast dat deze gebeurtenissen zullen plaatsvinden, laat staan voordat de bedongen termijn is verstreken. Deze conditionering van de geheimhoudingsplicht wijzigt de aard van de tijdsbepaling niet

---

<sup>1589</sup> F. DUMON, concl. Cass. 16 september 1969, *Arr. Cass.* 1970, 50 en *Pas.* 1969-70, I, 46.

naar een geheimhoudingsplicht van onbepaalde duur met maximumduur. Het duurzame karakter van de geheimhoudingsplicht blijft daardoor behouden zonder dat de geheimhoudingsplicht noodzakelijkerwijze voortduurt tot het uiterste van de voorziene termijn.

**457. Onbepaaldheid in een tijdvak van bepaalde duur: combinatie van een uitdovende termijn met eenzijdige opzegbaarheid (de “conventionele maximumduur”).** Het feit dat de partijen geen opzeggingsrecht hoeven te voorzien indien de abstracte duur afdoende is afgebakend in de tijd impliceert niet dat het *a contrario* verboden zou zijn om toch ruime opzegmogelijkheden te bedingen. Dit leidt wel tot een terminologische overlapping. De rechtspraak aanvaardt namelijk dat ook verbintenissen van “onbepaalde duur” beperkt mogen worden door een maximumduur<sup>1590</sup>. Een verbintenis met eenzijdige opzegmogelijkheid blijkt daardoor zowel van onbepaalde duur als van bepaalde duur te kunnen zijn, terwijl een verbintenis met maximumduur net zozeer onder de kwalificatie van bepaalde als van onbepaalde duur blijkt te kunnen vallen. Men dient dan ook vast te stellen dat de klassieke invulling van deze noties niet toelaat om alle mogelijke combinaties op het vlak van de duur op sluitende wijze te categoriseren<sup>1591</sup>.

**458. Tussentijds besluit.** De noties bepaalde en onbepaalde duur worden klassiek opgevat als dubbele tegenpolen: een overeenkomst is van bepaalde duur indien zij begrensd is in de tijd en niet eenzijdig opzegbaar is. Zij is daarentegen van onbepaalde duur indien zij niet begrensd is in de tijd en wel eenzijdig opzegbaar is. De eerste visie, waarbij de aanwezigheid van een uitdovende termijn volstaat voor een kwalificatie als bepaalde duur, kan niet ongenueanceerd worden gevolgd aangezien ook verbintenissen van onbepaalde duur begrensd kunnen worden door een maximumduur. De tweede visie, waarbij de aanwezigheid van onzekerheid over de duur volstaat voor een kwalificatie als onbepaalde duur, strookt evenmin met de contractuele realiteit aangezien ook verbintenissen van bepaalde duur te kampen krijgen met onzekerheid over hun concrete duur. Deze rigide indeling is daarom onvoldoende verfijnd om alle mogelijke nuances van de duur te vatten. De toetsing van deze noties vanuit een abstract en concreet perspectief voorkomt dat onzekerheid over de reële duur *ipso facto* een kwalificatie van onbepaalde duur met zich meebrengt en verklaart waarom zekerheid over de maximumduur verenigbaar blijft met een ruim opzeggingsrecht. Het verbod op eeuwigdurende verbintenissen legt immers alleen vereisten op aan overeenkomsten die noch *in concreto*, noch *in abstracto* op afdoende wijze in de tijd beperkt zijn.

**459. Keuzevrijheid van de partijen in het gemene recht.** Het gemene recht bevat geen definitie van de noties “bepaalde” en “onbepaalde” duur. De reële invulling van deze terminologie hangt -in een gemeenrechtelijke context- bijgevolg in de eerste

---

<sup>1590</sup> Gent 9 juni 2000, *TBBR* 2002, 152, noot E. VAN HOECKE; zie tevens de verwijzingen *infra* randnr. 462 i.v.m. de arbeidsovereenkomst.

<sup>1591</sup> A. ETIENNEY, 590, nr. 795; J.F.M. STRIJOS, *Opzegging van duurovereenkomsten*, Deventer, Kluwer, 1985, 142.

plaats af van de wil van de partijen<sup>1592</sup>. De rechter zal bij het achterhalen van die wil vertrekken vanuit de gebruikelijke betekenis van de gekozen bewoordingen. De gebruikelijke betekenis van de noties bepaalde en onbepaalde duur is dat verbintenissen die tot de eerste categorie behoren, bestemd zijn om automatisch uit te doven en (daardoor) niet bedoeld zijn om eenzijdig te worden opgezegd<sup>1593</sup>, terwijl de verbintenissen die tot tweede categorie behoren in principe niet bestemd zijn om automatisch uit te doven en (daardoor) steeds vatbaar zijn voor eenzijdige opzegging. Het onderzoek van de rechter dient zich echter niet te beperken tot de gebruikelijke betekenis van de gehanteerde terminologie. Hij dient ook na te gaan of de gebruikelijke betekenis strookt met de werkelijke wil van de partijen<sup>1594</sup>. Die wil kan, naargelang de duurzaamheid die de partijen aan hun overeenkomst wensen toe te meten, een genuanceerder beeld opleveren dan het klassieke stramien. Zo is de keuze om een overeenkomst van “onbepaalde duur” aan te gaan verenigbaar met een uitdovende termijn. Dit wijst erop dat de partijen een ongebreideld eenzijdig opzeggingsrecht wensten te combineren met een uitdovende termijn die dienst doet als maximumduur. De onbepaaldheid van de duur is in die hypothese gericht op het niveau van de concrete duur aangezien zij wordt veroorzaakt door de mogelijkheid om de overeenkomst eenzijdig op te zeggen vóór het verstrijken van de maximale duur. De keuze voor een “bepaalde duur” sluit dan weer niet uit dat partijen eenzijdige opzegmogelijkheden kunnen bedingen zonder dat zich een herkwalificatie van de verbintenis opdringt naar een onbepaalde duur. Het opzegbeding geeft slechts blijk van de wil om de verbintenis uitsluitend opzegbaar te beschouwen binnen de overeengekomen grenzen in plaats van de zeer ruime opzegmogelijkheid die traditioneel wordt aanvaard voor verbintenissen zonder uitdovende tijdsbepaling.

**460. Geen algemeen vermoeden van onbepaaldheid.** In de voorgaande paragraaf werd vastgesteld dat de (on)bepaaldheid van de duur in het gemene recht moet worden ingevuld op basis van de partijwil. Die wil kan onduidelijk zijn en interpretatie of aanvulling behoeven. Er geldt daarbij *geen algemeen vermoeden van onbepaaldheid*<sup>1595</sup>: noch in de betekenis van een gebrek aan bedongen

<sup>1592</sup> Zie in de context van het arbeidsrecht: Cass. 8 december 2003, *Arr. Cass.* 2003, 2270; Cass. 6 april 1998, *Arr. Cass.* 1998, 420 (geen enkele wetsbepaling, in het bijzonder geen enkele bepaling van de Arbeidsovereenkomstenwet, verbiedt dat de werkgever en de werknemer bedingen dat in de arbeidsovereenkomst die zij voor een onbepaalde tijd sluiten of hebben gesloten een vaste termijn is bepaald waarmee de overeenkomst eindigt als zij tot dan is blijven bestaan); Arbrb. Brussel 2 oktober 1995, *JTT* 1996, 287. Vgl. met het gebruik van de terminologie opzegging: Rb. Hasselt 20 januari 2003, *RW* 2006-07, 1367 (wanneer beide partijen een subjectieve betekenis hebben gegeven aan de term ‘opzeggen’ die afwijkt van de technisch-juridische betekenis van dat woord in hun overeenkomst, dient aan de voorkeur te worden gegeven aan de eerste betekenis aangezien dit de uitdrukking is van hun werkelijke wil – *in casu* ging het om een recht om de overeenkomst *ad nutum* te verbreken in plaats van een opzegtermijn toe te kennen).

<sup>1593</sup> Zie m.b.t. overeenkomsten van bepaalde duur: H. ROLAND, “Regards sur l’absence de terme extinctif”, (737) 752.

<sup>1594</sup> Cass. 20 december 2007, *TBH* 2008, 452, noot L. VAN VALCKENBORGH; J. DABIN, noot onder Cass. 30 januari 1947, *RCJB* 1947, (215) 222-223; F. DUMON, “De motivering van de vonnissen en arresten en de bewijskracht van de akten”, *RW* 1978-79, (258) 291-292; D. LEJEUNE, K. SWERTS en N. PEETERS, “Afdeling 3. Uitlegging en implementatie van overeenkomsten” in *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2004, II.4-128, nr. 1698 en II.4-133, nr. 1711.

<sup>1595</sup> Specifieke wetgeving kan hiervan afwijken, zie bv. art. 10 Arbeidsovereenkomstenwet.



maximumduur<sup>1596</sup> (deze kan impliciet zijn<sup>1597</sup>), noch in de betekenis van de aanwezigheid van een eenzijdig opzeggingsrecht (tenzij deze interpretatie noodzakelijk is om een inbreuk van het verbod op eeuwigdurende verbintenissen te vermijden)<sup>1598</sup>. Het Burgerlijk wetboek neemt integendeel *als uitgangspunt dat overeenkomsten slechts kunnen worden stopgezet op basis van een wederzijdse ‘herroeping’* (art. 1134, 2<sup>de</sup> lid BW). Zonder wederzijdse instemming herwinnen de partijen hun vrijheid slechts bij het verstrijken van de overeengekomen termijn<sup>1599</sup> (behoudens bijzondere problemen i.v.m. de geldigheid of uitvoering van de overeenkomst). Daarvan hoeft slechts te worden afgeweken indien de wil van de partijen gericht blijkt op de totstandbrenging van een minder duurzame overeenkomst<sup>1600</sup> of indien de vrijheid van de partijen op buitensporige wijze in het gedrang komt, bijvoorbeeld omdat het tegendeel resulteert in een verbintenis van onbeperkte duur<sup>1601</sup>.

De wil om een minder duurzame overeenkomst tot stand te brengen ondanks de aanwezigheid van een uitdovende termijn kan onder meer blijken uit de aard van de overeenkomst<sup>1602</sup> of uit een clausule die bepaalt dat de overeenkomst ‘uiterlijk op’ een bepaalde datum een einde neemt of ‘uiterlijk tot’ een bepaalde datum wordt

<sup>1596</sup> De wetgever kan bepaalde vereisten koppelen aan de manier waarop de duur wordt bedongen. Zo stelt art. 645 W.Venn. dat naamloze vennootschappen voor onbepaalde tijd worden aangegaan tenzij bij de statuten anders is bepaald. Deze bepaling lijkt geen beletsel te zijn voor de aanwezigheid van een impliciete duur, maar deze kan uitsluitend worden afgeleid uit de statuten.

<sup>1597</sup> Frankrijk: H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, 382, nr. 312; H. ROLAND, “Regards sur l’absence de terme extinctif dans les contrats successifs”, (737) 740; I. PETEL, 506-510, nrs. 470-475 (in het bijzonder 510, nr. 475) en 536, nr. 500; D. VEAUX, 1993, nrs. 24 en 123; C. CASEAU-ROCHE, 161, nr. 187; O. BILLARD, 63, *et seq.*; J. GHESTIN, Ch. JAMIN en M. BILLIAU, 2001, 278-280, nrs. 224-228; J. AZEMA, 79, nr. 99 *et seq.*; Ph. SIMLER, *Cautionnement*, Parijs, Litec, 1982, 198, nr. 195. zie tevens het voorgestelde art. 1185 van het Franse Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit à la prescription, Rapport à Monsieur Pascal Clément, 22 september 2005. België: *RPDB*, v<sup>o</sup> Obligations, 302; L. CORNELIS, “De duur van het contract met opeenvolgende prestaties”, (39) 45, nr. 5 (een tijdsbepaling kan stilzwijgend bedongen zijn); H. DE PAGE, II, 1964, 729, nr. 763; P. GORIS, *T. Fin. R.* 2002, (183) 190-191.

<sup>1598</sup> België: Gent 10 december 1997, *TBH* 1999, 269 (*ad nutum* herroepbaarheid van de lastgeving was uitgesloten wegens haar karakter van bepaalde duur); Voorz. Bergen 5 maart 2003, *JT* 2004, 12. Frankrijk: J. GHESTIN, C. JAMIN en M. BILLIAU, 2001, 272, nr. 218; J. AZEMA, 65-67, nr. 85 en (positiever t.a.v. dit vermoeden wegens bewijsproblemen – de vaststelling van de duur van de overeenkomst is echter naast een kwestie van bewijs ook een kwestie van interpretatie of aanvulling) 79, nr. 99; H. ROLAND, “Regards sur l’absence de terme extinctif dans les contrats successifs”, (736) 758; zie tevens J. BUYLE en M. DELIERNEUX, noot onder Kh. Brugge 24 juni 1997, *TBH* 1998, 842 (“Dans un contrat à durée déterminée par contre, le respect du terme contractuel est la règle, la résiliation ou la résolution anticipée demeurant en principe l’exception”).

<sup>1599</sup> Cf. Kh. Brussel 29 juni 2007, *RABG* 2008, 623, noot N. VAN DE SYPE; B. KOHL, “La prorogation et la reconduction du contrat” in P. WERY (ed.), *La fin du contrat*, Luik, CUP, 2001, (260) 270; H. DE PAGE, I, 201, nr. 136; R. VANDEPUTTE, *De overeenkomst*, Brussel, Larcier 1977, 154; F. TERRE, Ph. SIMLER en Y. LEQUETTE, 1155, nr. 1216; J. GHESTIN, C. JAMIN en M. BILLIAU, 2001, 281, nr. 230.

<sup>1600</sup> Antwerpen 28 juni 2001, *TBBR* 2002, 390 (de eenzijdige opzegmogelijkheid is behoudens door de wet voorziene gevallen in de regel in strijd met art. 1134 BW, maar het is de partijen niet verboden om een dergelijke opzegmogelijkheid bij wijze van een partijbeslissing overeen te komen).

<sup>1601</sup> Cass. com. (fr.) 14 november 1989, *Bull. civ.* 1989, IV, 193, nr. 286; Cass. com. (fr.) 31 mei 1994, *Bull. civ.* 1994, IV, 155, nr. 194 (“que dans les contrats à exécution successive dans lesquels aucun terme n’a été prévu, la résiliation unilatérale est [...] offerte aux deux parties”).

<sup>1602</sup> Overeenkomsten met een *intuitu personae* karakter kunnen vatbaar zijn voor verval of eenzijdige opzegging na het verdwijnen van de vertrouwensband, al is dit geen essentieel kenmerk van dergelijke overeenkomsten.

aangegaan<sup>1603</sup>. Deze bewoordingen impliceren dat de overeenkomst ook vroeger kan worden stopgezet indien één van de partijen dat wenst. Omgekeerd kan, eens vastgesteld dat de overeenkomst géén uitdrukkelijke of impliciete tijdsbepaling bevat, een kwalificatie als onbepaalde duur worden omzeild door te vermoeden dat de partijwil zich in die situatie niet verzet tegen een eenzijdig opzeggingsrecht. De duur is hierdoor onbepaald, maar niet onbeperkt, zodat een inbreuk op het verbod van eeuwigdurende verbintenissen uitgesloten is. Dit vermoeden geldt echter uitsluitend indien werd vastgesteld dat de overeenkomst zelf geen indicaties van een bepaalde duur bevat.

Er hoeft evenmin vanuit bewijskundige overwegingen een voorkeur te worden gegeven aan de kwalificatie als onbepaalde duur indien de duur niet uitdrukkelijk af te leiden valt uit de overeenkomst. De rechter moet inderdaad de bewijskracht van de onderhandse akte (zoals deze geregeld is in artikel 1322 e.v. en 1341 BW) respecteren in burgerlijke zaken. Deze verplichting impliceert echter niet dat een bepaalde duur steeds uitdrukkelijk moet worden gestipuleerd in deze akte. De vaststelling van een bepaalde of onbepaalde duur mag worden gesteund op de interpretatie<sup>1604</sup> of aanvulling van de overeenkomst zolang dit verenigbaar blijft met de bewoordingen van de opgestelde akte.

Een algemeen vermoeden van onbepaaldheid is ook niet wenselijk voor vele contractuele relaties. Een blinde voorkeur in die zin riskeert het contractuele evenwicht tussen de partijen te verstoren<sup>1605</sup> voor verbintenissen waarbij het tijdsverloop een essentieel onderdeel is voor de economische waarde van één van de prestaties. Het eenzijdig opzegbare karakter van verbintenissen van onbepaalde duur reduceert het nut van de overeenkomst voor de partij in wiens voordeel die prestatie is bedongen. Dit kan een uitholling van het voorwerp van de verbintenis met zich meebrengen.

**461. Wel een vermoeden van onopzegbaarheid eens vastgesteld dat de verbintenis een uitdovende termijn bevat.** Eenzijdige opzeggingsrechten blijven een uitzondering<sup>1606</sup> in het gemene recht. Eens vastgesteld dat de overeenkomst een

---

<sup>1603</sup> Cass. 23 september 1991, *JTT*, 1991, 482, noot C. WANTIEZ; Cass. 6 april 1998, *Soc. Kron.* 1999, 538, verwijzende noot; Arbh. Luik 6 juni 2006, *JTT* 2006, 373; Arbh. Luik 15 juni 1994, *JTT* 1994, 444; Arbh. Luik 27 januari 1993, *JLMB* 1993, 1374.

<sup>1604</sup> Cf. H. ROLAND, "Regards sur l'absence de terme extinctif dans les contrats successifs", (737) 759-760.

<sup>1605</sup> J. GHESTIN, C. JAMIN en M. BILLIAU, 2001, 272, nr. 218.

<sup>1606</sup> Luik 21 april 2004, *TBBR* 2006, 394; Voorz. Bergen 5 maart 2003, *JT* 2004, 12; P. WERY, "Vue d'ensemble sur les causes d'extinction des contrats", 2001, 26, nr. 18; D. PHILIPPE en C. RUWET, "Les clauses mettant fin au contrat" in *Les grandes clauses des contrats internationaux*, Brussel, Bruylant, 2005, (235) 238; Th. DELAHAYE, "La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée en droit belge", (223) 233-234, nr. 15; S. STIJNS, *TBH* 1996, (102) 130, nr. 30 en 150, nr. 58 en *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, 52, nr. 18; R. DEKKERS, "De la rupture des contrats à durée illimitée" (noot onder Gent 16 januari 1956), *RCJB* 1957, (316) 319 en 321; R. DEKKERS, A. VERBEKE, N. CARETTE en K. VANHOVE, III, 99, nr. 190; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, 185, nr. 152; H. DE PAGE, II, 1964, 729, nr. 763; R. VAN RANSBEECK, "De opzegging", *RW* 1995-96, (345) 345-346, nrs. 6-8 en 348, nr. 24; R. KRUTHOF, *TPR* 1983, (495) 518-519, nr. 14. Frankrijk: Ph. SIMLER, *JCP* 1971, 2413, nrs. 1-4; C. HANNOUN en B. DERRIDA, *Rép. Civ.*

uitdovende termijn bevat, kan op basis van artikel 1134, 2<sup>de</sup> lid BW worden vermoed dat partijen geen discretionair, eenzijdig opzeggingsrecht hebben voorzien. Dit betekent weliswaar niet dat een bedongen opzeggingsrecht restrictief moet worden geïnterpreteerd<sup>1607</sup>. Een restrictieve interpretatie zou impliceren dat de rechter uit alle mogelijke (d.i. redelijke) interpretaties de interpretatie zou moeten kiezen die de werking van het opzeggingsrecht op de meest verregaande wijze (van alle mogelijke interpretaties) beperkt. De loutere vaststelling dat de onopzegbaarheid het uitgangspunt is of dat het opzeggingsrecht soms de openbare orde aanbelangt, rechtvaardigt echter geen algemene afwijking van de gemeenrechtelijke interpretatieregels. Het blijft de taak van de rechter om de concrete bedoeling van de partijen na te gaan in verband met het opzeggingsrecht.

**462. Wil van de wetgever als begrenzing van de keuzevrijheid.** De keuzevrijheid van de partijen wordt begrensd door de wil van de wetgever. Deze laatste kan een eigen invulling geven aan de notie (on)bepaalde duur en daar dwingende rechtsregels aan koppelen die voorrang hebben op de invulling van deze noties en hun rechtsgevolgen door de partijen. Dit is bijvoorbeeld het geval in het arbeidsrecht<sup>1608</sup> waarbij eenzijdig opzegbare arbeidsovereenkomsten met een maximumduur worden beschouwd als contractuele relaties van onbepaalde duur<sup>1609</sup>. Zij zijn daardoor te allen tijde opzegbaar op basis van de artikelen 37 en 39 Arbeidsovereenkomstenwet. Een arbeidsovereenkomst wordt alleen beschouwd als van bepaalde duur wanneer haar

---

*Dalloz*, v° Terme, nr. 32; R. ENCINAS DE MUNAGORRI, 120, nr. 117; Ch. CORGAS-BERNARD, “La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée en droit français”, (181) 181, nr. 1; H., L., J. MAZEAUD en F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, II/1, *Les obligations*, Parijs, Montchrestien, 1991, 862, nr. 729. Nederland: J.F.M. STRIJOS, 74.

<sup>1607</sup> Vgl. Cass. 4 december 1986, *Arr. Cass.* 1986-87, 454.

<sup>1608</sup> Zie bv. de analyse van Horion van voor de Arbeidsovereenkomstenwet van 1978 (P. HORION, “De la compatibilité des clauses qui, dans un contrat de travail ou dans un contrat d’emploi, établissent l’une un terme et l’autre un droit de résiliation unilatérale” (noot onder Cass. 6 december 1962), *RCJB* 1964, 227-243). De duur van contractuele relaties werd hoofdzakelijk bestudeerd in de context van het arbeidsrecht. Het is echter riskant om deze analyses ongenueanceerd door te trekken naar het gemeenrechtelijke statuut van de duur. Het gaat immers om een bijzondere rechtstak waarin het optreden van de wetgever is ingegeven door specifieke motieven die eigen zijn aan het arbeidsrecht. Cf. C. BLOUD-REY, 388, nr. 452, *et seq.*; I. CLAEYS en L. PHANG, *TPR* 2008, (375) 422, nr. 65.

<sup>1609</sup> Cass. 8 juni 1961, *Pas.* 1961, I, 1096, concl. DELANGE; Cass. 17 januari 1963, *TSR* 1963, 81; *Cass.* 19 november 1964, *Pas.* 1964, I, 277 (een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur die een termijn stelt, zoals bv. de pensioengerechtigde leeftijd, waarvan het bereiken het contract beëindigt indien het tot dan wordt behouden, is geoorloofd – zie wat dit voorbeeld betreft wel het latere art. 36 Arbeidsovereenkomstenwet); Cass. 16 december 1965, *Pas.* 1966, I, 511; Cass. 16 september 1969, *Arr. Cass.* 1970, 50, concl. F. DUMON (ontbindende voorwaarde in arbeidsovereenkomst); Cass. 23 september 1991, *Arr. Cass.* 1991-92, 83; Cass. 6 april 1998, *Arr. Cass.* 1998, 420; Cass. 8 december 2003, *Arr. Cass.* 2003, 2270; Arbh. Luik 27 januari 1993, *JLMB* 1993, 1374; Arbh. Luik 15 juni 1994, *JTT* 1994, 444; Arbh. Gent 10 december 2001, *RW* 2002-03, 220; Arbh. Luik 10 september 2003, *Soc. Kron.* 2004, 280; Arbh. Luik 6 juni 2006, *JTT* 2006, 373, noot; Arbrb. Gent 25 mei 1981, *TSR* 1981, 526; Wrr. Ber. Brussel 9 april 1962, *TSR* 1962, 308. Het is toegelaten om een maximumduur te koppelen aan (arbeids)overeenkomsten van onbepaalde duur. Het is daarentegen niet toegelaten om een conventioneel eenzijdig opzeggingsrecht te koppelen aan een arbeidsovereenkomst van bepaalde duur: Cf. Cass. 6 december 1962, *RCJB* 1964, 223, noot P. HORION; Werr. Ber. Brussel 9 juli 1959, *JT* 1960, 580, kritische noot M. TAQUET. P. HORION, “De la compatibilité des clauses qui, dans un contrat de travail ou dans un contrat d’emploi, établissent l’une un terme et l’autre un droit de résiliation unilatérale” (noot onder Cass. 6 december 1962), *RCJB* 1964, (227) 237-239; Th. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, 25, nr. 15 en 135, nr. 112.

einddatum volstrekt bepaald is<sup>1610</sup> (m.a.w. een tijdsbepaling die *certus an, certus quando* is) of wanneer zij is aangegaan voor een duidelijk omschreven werk<sup>1611</sup> (dit resulteert in een bepaalbare duur, m.a.w. een tijdsbepaling die *certus an, incertus quando* is). Dergelijke contractuele relaties zijn nog steeds opzegbaar volgens de bepalingen van artikel 40 Arbeidsovereenkomstenwet. De partijen kunnen daarbij geen afwijkend opzeggingsregime uitwerken<sup>1612</sup>. De tijdsbepaling *certus an, incertus quando* resulteert bijgevolg (behoudens de hypothese van een duidelijk omschreven werk) in een arbeidsovereenkomst van onbepaalde duur<sup>1613</sup>. Deze vaststelling brengt de duur van de arbeidsrechtelijke discretieplicht (art 17 Arbeidsovereenkomstenwet) echter niet in het gedrang omdat de wet uitdrukkelijk de postcontractuele gevolgen van deze verplichting regelt.

#### 4.4 Geheimhoudingsplichten van bepaalde duur

**463. Verhouding van de uitdoving van de contractuele regeling t.a.v. buitencontractuele beschermingsmechanismen.** Het automatische effect van de uitdoving moet niet uitdrukkelijk worden geregeld in de overeenkomst. Sommige clausules bevatten nochtans uitdrukkelijke afspraken over het uitdovende karakter van de tijdsbepaling:

**Voorbeeld:** “A l’expiration de la période de trois ans définie ci-dessus, chaque partie n’aura *plus aucune obligation de quelque nature que ce soit* à l’égard de l’autre partie en ce qui concerne les informations confidentielles de cette dernière, et sera donc libre de les publier, de les divulguer et de les communiquer à des tiers sans aucune restriction”<sup>1614</sup>.

Dit beding lijkt op het eerste gezicht misschien zinloos. Is het niet vanzelfsprekend dat de (contractuele) geheimhoudingsplicht uitdooft na afloop van de voorziene geheimhoudingsduur? Nochtans zijn deze clausules niet ontdaan van elke juridische relevantie. Zij zijn nuttig om te beklemtonen dat de partijen niet alleen de beëindiging van de contractuele geheimhoudingsplicht beogen na het verstrijken van de geheimhoudingsduur, maar óók afstand doen van eventuele buitencontractuele

---

<sup>1610</sup> Cass. 22 november 1957, *JT* 1960, 190, noot M. TAQUET; Cass. 15 april 1982, *RW* 1982-83, 2835 en *JTT* 1982, noot M. TAQUET en C. WANTIEZ; Cass. 21 maart 1988, *RW* 1988-89, 122; Arbh. Gent 10 september 2007, *Ors.* 2008, 30; Arbh. Bergen 12 oktober 1994, *Soc. Kron.* 1995, 229; Arbh. Brussel 9 oktober 1991, *Soc. Kron.* 1993, 327, noot J. JACQMAIN; Arbh. Luik 27 april 1988, *JTT* 1988, 412, noot; Arbh. Antwerpen 25 juni 1979, *JTT*, 1981, 148; Arbrb. Oudenaarde 6 november 1997, *Soc. Kron.* 1999, 547 (een opzegmogelijkheid van een arbeidsovereenkomst kan geen uitwerking hebben zonder dat deze overeenkomst haar karakter van bepaalde duur zou verliezen); Arbrb. Brussel 29 juni 1987, *JTT* 1988, 67, noot; F. VERBRUGGE, “Les particularités du contrat à durée déterminée”, *Ors.* 2006, (18) 18-19.

<sup>1611</sup> Arbh. Luik (afd. Namen) 14 oktober 2004, *Soc. Kron.* 2006, 171; Arbh. Brussel 27 juni 2001, *JTT* 2002, 8; Arbh. Antwerpen 18 april 1991, *RW* 1991-92, 472.

<sup>1612</sup> Minstens niet ten nadele van de werknemer (art. 6 Arbeidsovereenkomstenwet), maar bepaalde rechtspraak beschouwt artikel 40 Arbeidsovereenkomstenwet zelfs van openbare orde of dwingend recht ten voordele van beide partijen (*cf.* Arbrb. Oudenaarde 6 november 1997, *Soc. Kron.* 1999, 547). Zie tevens P. HORION, *RCJB* 1964, (227) 238-239.

<sup>1613</sup> Arbh. Gent 14 september 2007, *Ors.* 2007, 277 (weergave).

<sup>1614</sup> M. FONTAINE, 307 (eigen cursivering).

beschermingsgronden (in de bewoordingen van de aangehaalde clause: “de quelque nature que ce soit”). Deze afstand wordt immers niet vermoed (*supra* randnr. 416). Zij laten een werkgever bijvoorbeeld toe om af te zien van de postcontractuele geheimhoudingsplicht van art. 17, 3°, a) Arbeidsovereenkomstenwet of art. 309 Strafwetboek. De ontwikkelaar van een databank kan tevens zijn economische recht tot het verbieden van de ‘opvraging’ of het ‘hergebruik’ van de door hem gecreëerde databank vervreemden<sup>1615</sup>.

**464. Geldigheid geheimhoudingsplichten *certus an, incertus quando*.** Bij een tijdsbepaling *certus an, incertus quando* zijn de partijen op het moment van de contractsluiting overtuigd dat een bepaalde gebeurtenis zich zal voordoen, bijvoorbeeld dat het geheime karakter van de informatie vroeg of laat zal verdwijnen. Zij bestempelen deze gebeurtenis als het tijdstip waarop de verbintenis of overeenkomst uitdooft. Een geheimhoudingsplicht met tijdsbepaling *certus an, incertus quando* is bijgevolg géén geheimhoudingsplicht van onbeperkte duur<sup>1616</sup>. Dergelijke tijdsbepalingen zijn volstrekt geldig (*supra* randnr. 450). Het is betwist of de realisatie van de gebeurtenis objectief zeker moet zijn dan wel of een subjectieve zekerheid volstaat. In het eerste geval is de gebeurtenis pas zeker indien de rechter op basis van de feitelijke omstandigheden redelijkerwijze het tegendeel kan uitsluiten<sup>1617</sup>. De objectieve (on)zekerheid verwijst met andere woorden naar de rechterlijke zekerheid of de algemene menselijke ervaring over de verwezenlijkingsschansen van de gebeurtenis<sup>1618</sup>. In het tweede geval moet worden aangetoond dat de partijen meenden dat de gebeurtenis zou plaatsvinden, of althans dat zij het eindpunt van hun verbintenis hieraan wensten vast te knopen<sup>1619</sup>.

Een vonnis van 13 januari 1999 koppelde de geldigheid van de geheimhoudingsduur aan een objectieve zekerheid<sup>1620</sup>. De rechtbank beschouwde de clause waarbij een doctorandus gebonden zou zijn aan een geheimhoudingsplicht tot drie jaar nadat hij zijn doctoraat had verdedigd als ongeldig vanuit de overweging dat dit een levenslange verplichting zou blijven “indien hij zijn doctoraat niet had afgewerkt”. De rechtbank gaat daarbij wat kort door de bocht met deze redenering omdat zelfs de strekking die uitgaat van een objectieve zekerheid geen absolute zekerheid vereist. De rechtbank had zich niet mogen beperken tot de vaststelling van een theoretische mogelijkheid tot het uitblijven van de gebeurtenis. Zij had minstens moeten onderzoeken of de voltooiing van het doctoraat redelijkerwijze *in concreto* (on)zeker kon worden geacht.

---

<sup>1615</sup> Art. 7, lid 3 van de Richtlijn 96/9/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken, *Pb L* 27 maart 1996, afl. 77, 20; *cf.* art. 5 Wet van 31 augustus 1998, houdende omzetting in Belgisch recht van de Europese richtlijn van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken, *BS* 14 november 1998).

<sup>1616</sup> Anders: C. VUILLEMIN-GONZALEZ, 342, nr. 439-440. Deze auteur beschouwt het beding waarbij de geheimhoudingsplicht wordt gekoppeld aan het leven of het nut van het geheim als een onbeperkte duur.

<sup>1617</sup> L. CORNELIS, 1991, (39) 46-47, nr. 6.

<sup>1618</sup> L. CORNELIS, 1991, (39) 46, nr. 6 *et seq.*; C. BLOUD-REY, 67-68, nr. 52; J. DE CONINCK, *TBBR* 2008, (257) 259, nr. 5.

<sup>1619</sup> Zie uitgebreid: J. DE CONINCK, 49-108, nrs. 54-120. Niet zozeer de subjectieve zekerheid over de gebeurtenis is van belang, maar de achterliggende wil van de partijen dat de verbintenis zal eindigen op een bepaald tijdstip.

<sup>1620</sup> Kh. Gent 13 januari 1999, *TGR* 1999, 63.

De premisse dat het vertrouwelijke karakter van de informatie niet eeuwig zal voortbestaan is hoe dan ook legitiem<sup>1621</sup>, of zij nu gebaseerd is op een objectieve dan wel een subjectieve zekerheid. Informatie met commerciële waarde is in principe vatbaar voor *reverse engineering* en parallelle ontwikkeling. Zij mag daardoor worden geacht vroeg of laat in het openbare domein terecht te komen<sup>1622</sup>. Daarnaast zal het legitieme belang bij de geheimhouding vroeg of laat verdwijnen omdat de informatie, zelfs al blijft zij geheim, op termijn haar intrinsieke waarde verliest door gewijzigde omstandigheden, zoals technologische vooruitgangen die leiden tot evenwaardige of superieure alternatieven<sup>1623</sup>. Uitzonderingen zijn weliswaar niet ondenkbaar. Zo kan bepaalde geheime informatie alleen maar bij benadering worden wedersamengesteld door *reverse engineering*. Hierdoor blijft minstens een schijn van twijfel behouden over de juistheid van de resultaten<sup>1624</sup>. In dergelijke gevallen rijst het risico dat de onzekerheid over de precieze duur van de geheimhoudingsplicht *de facto* resulteert in een eeuwigdurende (of buitensporig lange) verbintenis.

**465. Remediëring van een *de facto* eeuwigdurend karakter.** Partijen die een (niet *ab initio* buitensporige) tijdsbepaling bedingen, hebben in principe niet de bedoeling om eeuwigdurend gebonden te zijn. De uitdoving van de verbintenis kan bijgevolg niet onbeperkt uitblijven. Indien de uitdoving buitensporig lang op zich laat wachten kan de rechter moeilijk anders dan tussen te komen in de verdere aflijning van de termijn<sup>1625</sup>. Er staan verschillende mogelijkheden open om het eeuwigdurende karakter te remediëren. De rechter kan de duur van de verbintenis matigen door een redelijke termijn te bepalen<sup>1626</sup>. Deze interventie kan worden gesteund op een interpretatie van de wil van de partijen, de aanvulling van de overeenkomst (in beide gevallen gesteund op de vaststelling dat partijen niet de bedoeling hadden om eeuwigdurend gebonden te zijn) of het verbod op rechtsmisbruik (i.c. wegens de abusievelijke weigering van de medecontractant om de overeenkomst te herroepen).

<sup>1621</sup> P. KURZ, 66.

<sup>1622</sup> Zie tevens V. DUHAUT, 261, nr. 195.

<sup>1623</sup> Door bijvoorbeeld de ontwikkeling van informatie die tot gelijkaardige resultaten leidt of, m.b.t. informatie uit de private sfeer van de onderneming, omdat zij achterhaald is door het tijdsverloop en de bekendmaking ervan geen buitensporig negatieve impact meer zal hebben op de bedrijfsvoering.

<sup>1624</sup> Zo beweren allerlei personen reeds jaren dat zij de geheime formule van Coca-Cola hebben achterhaald. Er doen echter meerdere wedersamengestelde formules de ronde en Coca-Cola houdt vol dat geen enkele van deze formules volledig correct is.

<sup>1625</sup> Cf. bij de opschortende termijn: Cass. 20 april 1989, *Arr. Cass.* 1988-89, 513 (op basis van art. 1901 BW); Gent 17 mei 1996, *TRV* 1996, 406, noot; Brussel 15 juni 1889, *Pas.* 1890, II, 143 (naar analogie met art. 1901 BW); Rb. Charleroi 24 september 1958, *JT* 1959, 170; *RPDB*, v° Obligations, 306; J. DE CONINCK, 18, nr. 16 en 101-102, nr. 114. Zie overigens ook Kh. Kortrijk 25 februari 1956, *RW* 1956-57, 1859 (“overwegende dat de onbeperkte duur in de tijd niet moet opgevat worden als ‘eeuwig’ (levenslang voor de contractant en eeuwig voor zijn erfgenamen) maar als ‘naar de duur niet bepaald’ zodat de rechtbank dan de duur moet vaststellen” – de rechter had hier weliswaar de contractuele niet-concurrentieplicht kunnen nietigverklaren en dan uitspraak doen over de precieze duur van de gemeenrechtelijke niet-concurrentieplicht die impliciet deel uitmaakt van de verkoop van een handelszaak). Frankrijk: C. BLOUD-REY, 129, nr. 134 *et seq.* Zie tevens art. 1186-1 van het Franse Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit à la prescription, Rapport à Monsieur Pascal Clément, 22 september 2005.

<sup>1626</sup> In die zin: H. EDLUND, “Termination of Commercial Contracts by giving Notice”, *ERCL* 2008, (15) 20-21.

Er moet worden benadrukt dat de tijdsbepaling het voordeel van de twijfel geniet. De nietigheidssanctie is uitgesloten tenzij het onrealistische karakter van de gebeurtenis reeds vaststond op het moment van de contractsluiting. Men kan immers slechts met zekerheid stellen dat de gebeurtenis niet binnen een redelijke termijn zal plaatsvinden wanneer die redelijke termijn is verstreken<sup>1627</sup> of hooguit pas van zodra wordt vastgesteld dat de gebeurtenis inderdaad niet meer binnen een redelijke termijn zal plaatsvinden. De louter theoretische mogelijkheid dat de realisatie van de gebeurtenis eeuwig op zich laat wachten, brengt de vrijheid van de partijen daarentegen niet als dusdanig op ongeoorloofde wijze in het gedrang. De geldigheid van de tijdsbepaling vereist namelijk geen *absolute* objectieve zekerheid over de gebeurtenis (cf. het voorgaande randnummer).

**466. Nut voor geheimhoudingsduur.** De tijdsbepaling *certus an, incertus quando* is een waardevol instrument voor de opstellers van geheimhoudingsovereenkomsten- en bedingen. De vaststelling van een volstrekt bepaalde duur is namelijk steeds een riskante evenwichtsoefening voor deze overeenkomsten. De partijen zijn genooddaakt om uit te gaan van veronderstellingen over de waarde van de informatie en de potentiële geheimhoudingsduur die niet noodzakelijk stroken met de realiteit. Dit is al het geval voor een eenmalige informatieverstreking<sup>1628</sup> en geldt *a fortiori* indien de overeenkomst voorziet in een *disclosure window* dat van toepassing is op een onbepaald aantal informatieverstrekingen. Dergelijke technieken vereisen voldoende ruime definities voor de vertrouwelijke informatie en algemene keuzes op het vlak van de geheimhoudingsduur. Deze standaardisering kan tot gevolg hebben dat de daadwerkelijk bedongen geheimhoudingsduur aanzienlijk afwijkt van de theoretisch mogelijke beschermingsduur voor elke specifieke informatieverstreking. Een abstracte regeling leidt daardoor zelden tot de meest optimale bescherming van elke concrete informatieverstreking. Op het moment van de contractsluiting kan namelijk onmogelijk worden achterhaald wanneer de informatieverstrekingen zullen plaatsvinden en wat de mogelijke beschermingsduur is voor elke individuele informatieverstreking. De partijen zijn niettemin gehouden tot het respecteren van de afspraken die ze op dat tijdstip hebben uitgewerkt<sup>1629</sup>. Het achterwege laten van elke tijdsbepaling is evenmin een bevredigende oplossing. De juridische onbestendigheid van verbintenissen van onbepaalde duur maakt dit zeer riskant voor prestaties waarvan de waarde net afhankelijk is van een duurzame uitvoering in de tijd, wat het geval is voor geheimhoudingsplichten.

---

<sup>1627</sup> Vgl. op het vlak van de voorwaarde: Cass. 25 mei 2007 RW 2007-08, 1034, concl. D. THUIS.

<sup>1628</sup> Zo wordt de voortgang van een termijn in principe niet beïnvloed door concrete factoren die de verwachtingen van de partijen doorkruisen op het vlak van de uitvoering van de verbintenis (C. BLOUD-REY, 197, nr. 216 (“[...] le mécanisme du terme extinctif ne prend pas en compte l’exécution de l’obligation [...]”. Il est même indifférent aux difficultés qui peuvent atteindre l’exécution de cette obligation”).

<sup>1629</sup> Vgl. US Court of Appeals (Ninth Circuit) 8 maart 2000, *Union Pacific Railroad Company v. Mower*, 219 F.3d 1069 (“UP apparently concluded that the value of the information in question would diminish after several years and opted for a blanket, extremely broad prohibition for a term of years as opposed to an indefinite protection against the dissemination of only that specific information properly deemed “confidential” under Oregon law. The fact that UP’s choice may have proved unwise does not alter the legal effect of the bargain it made”).

De flexibiliteit van de tijdsbepaling *certus an, incertus quando* komt tegemoet aan beide risico's: aan de ene kant wordt het risico dat de bedongen duur niet leidt tot de meest efficiënte bescherming uitgesloten omdat de verbintenis niet hoeft uit te doven op een gestandaardiseerde datum, terwijl deze tijdsbepaling aan de andere kant even stabiel is als een contractuele relatie van volstrekt bepaalde duur bij gebrek aan een principiële opzegbaarheid<sup>1630</sup>.

Gelet op haar statuut als tijdsbepaling, moet worden nagegaan wat de natuurlijke maximumduur is van de geheimhoudingsplicht *certus an, incertus quando*. Het is ook nuttig stil te staan bij de vraag of een combinatie van de voordelen van een geheimhoudingsplicht met tijdsbepaling *certus an, incertus quando* met die van de tijdsbepaling *certus an, certus quando* mogelijk is.

#### 4.4.2.1 Natuurlijke maximumduur van de geheimhoudingsplicht

**467. Verlies geheime karakter van de informatie.** De geheimhoudingsplicht kan voortduren totdat het geheime karakter van de informatie teloor gaat<sup>1631</sup>. Het tijdstip waarop de informatie in het openbare domein valt, is het natuurlijke eindpunt van de geheimhoudingsplicht. Haar doelstelling is op dat moment bereikt aangezien de informatieverstrekker geen legitiem belang meer heeft bij de geheimhouding van zodra zij algemeen beschikbaar wordt. Dit betekent niet dat geen enkele verbintenis om iets niet te doen meer kan overblijven ten aanzien van deze informatie. De materiële gedragingen of onthoudingen ten aanzien van de informatie worden immers niet onmogelijk. De schuldenaar blijft materieel in staat om informatie niet te verspreiden of niet te gebruiken, ook al is zij publiek toegankelijk. Deze overblijvende beperkingen moeten voortaan echter voldoen aan de strengere voorwaarden van de niet-concurrentieplicht *sensu stricto*, wat impliceert dat het toepassingsgebied van de clause duidelijk afgelijnd moet zijn in tijd en ruimte.

**Voorbeeld:** “5. Term and Termination. The obligations of this Agreement shall be continuing until the Confidential Information disclosed to Recipient is no longer confidential.”<sup>1632</sup>

Ook de lijst met uitzonderingen op de contractuele geheimhoudingsplicht kan dienst doen als een tijdsbepaling *certus an, incertus quando*.

---

<sup>1630</sup> Er is immers geen algemene interpretatievoorkeur voor de onbepaalde duur (*infra* randnr. 460). Dit vermoeden geldt slechts in de mate dat dit een miskenning van het verbod op eeuwigdurende overeenkomsten voorkomt (*cf. infra* randnr. 515).

<sup>1631</sup> V. DUHAUT, 261, nr. 195 en 263, nr. 198; V. CAURA, 345, nr. 474; C. VUILLEMIN-GONZALEZ, 344, nr. 442. Zie naar Duits recht: BGH 18 maart 1955, Kokillenguss, I ZR 144/53, GRUR 1955, 468; BGH 17 mei 1960, Handstrickverfahren, I ZR 34/59, GRUR 1960, 554.

<sup>1632</sup> <http://www.bitlaw.com/forms/nda.html>. Vgl. met de door Jehl aangehaalde clause: “Cette obligation lie le Licencié pour une durée illimitée et continuera de le lier après l’expiration du présent contrat sauf dans la mesure où ces informations deviendront du domaine public autrement que par le fait direct ou indirect du Licencié” (J. JEHL, *Le commerce international de technologie: approche juridique*, Parijs, Librairies Techniques, 1985, 171, nr. 299).



**Voorbeeld:** “*Confidentiality Period.* [...] provided, however, that in respect of the formulae of proprietary compositions of a Disclosing Party, such obligations shall remain in effect until excepted under the Paragraph entitled ‘Exceptions’ above”<sup>1633</sup>.

Dit betekent niet dat andere verplichtingen die uit de contractuele basisverhouding voortvloeien, zoals de betaling van royalty's, steeds uitdoven door de afloop van de geheimhoudingsplicht. De licentievergoeding kan aan een andere termijn gekoppeld zijn (bv. een bepaalde duur van vijf jaar). Ook kan het verlies van het geheime karakter het startpunt zijn van een niet-concurrentieverplichting, voor zover aan de geldigheidsvoorwaarden daarvan voldaan is.

**468. Overbodigheid van de informatie.** Een andere tijdsbepaling *certus an, incertus quando* doet de geheimhoudingsplicht uitdoven op het moment dat de informatie voorbijgestreefd is<sup>1634</sup>, ook al is zij op dat moment nog geheim. De overbodigheid van informatie kan worden opgevat als het tijdstip waarop de houder van de informatie geen concurrentieel voordeel meer puurt uit deze informatie<sup>1635</sup> (en daardoor geen schade meer zou leiden door de onthulling ervan). Dit is een tijdsbepaling *certus an, incertus quando* indien de partijen ten tijde van de contractsluiting zeker zijn dat die gebeurtenis zich vroeg of laat zal realiseren. De verwachting dat de geheime informatie overbodig zal worden is legitiem voor informatie in verband met industriële applicaties<sup>1636</sup>. Het aanbrengen van verbeteringen aan de informatie zal haar weliswaar actueel houden en dit kan het tijdstip van de uitdoving uitstellen. Vroeg of laat zal de informatie echter zodanig zijn geëvolueerd dat zij op fundamentele punten verschilt van de oorspronkelijke verzameling van gegevens, die als dusdanig voorbijgestreefd zijn. De geheimhoudingsplicht dooft dan uit ten aanzien van deze oorspronkelijke configuratie, terwijl de nieuwe configuratie wel gedekt kan blijven door een geheimhoudingsplicht.

De overbodigheid kan absoluut of relatief worden opgevat. Informatie is in absolute termen overbodig indien zij geen enkele persoon nog een concurrentieel voordeel biedt (en de bekendmaking geen enkele persoon nog zou kunnen schaden). In de relatieve betekenis is het voldoende dat de informatie overbodig is geworden voor een

---

<sup>1633</sup> <http://www.h-e-l.co.uk/Images/MCA.doc>. De lijst met de uitzonderingen sluit onder meer informatie uit die: “(c) is subsequently disclosed to the Receiving Party without any duty of confidentiality by a third party having the legal right to do so; (d) subsequently becomes published or available to the public other than by a breach of this Agreement; (e) is subsequently developed by the Receiving Party independently of any disclosure to it by the Disclosing Party, as shown by documents or other tangible evidence in the Receiving Party’s possession; or (f) is subsequently intentionally disclosed by the Disclosing Party to a third party without any duty of confidentiality. Exceptions (c), (d), (e), and (f) shall apply only as of the respectively stated subsequent events”.

<sup>1634</sup> F. NAMOUR, 185-186, nrs. 436-439; C. VUILLEMIN-GONZALEZ, 345, nr. 443; V. CAURA, 346, nr. 475.

<sup>1635</sup> Cf. A. KREIS, *Le savoir-faire (know-how) et sa transmission entre entreprises en vue de la reproduction d’une réalisation de technologie industrielle commercialisée*, thesis universiteit Parijs II, 1985, II, 356, nr. 197.

<sup>1636</sup> Vgl. met Court of Appeal 21 december 1999, *Harbinger UK Limited v. GE Information Services Limited*, (2000) 1 All E.R. (Comm.) 166, (Westlaw: 1999 WL 1556496) en de arbitrale beslissing aangehaald door O. BILLARD, 59-60 over de geldigheid van de duur van een overeenkomst die gekoppeld was aan *la fin de la vie* van een industriële installatie.

bepaalde persoon en/of voor een bepaalde doelstelling. Een relatieve overbodigheid voor een specifieke informatieontvanger is alleszins geen natuurlijk eindpunt van de informatie. Hieruit blijkt niet met zekerheid dat de *meester van het geheim* geen enkel legitiem belang meer kan laten gelden bij de geheimhouding. Deze laatste kan de geheime informatie bijvoorbeeld mogelijk nog nuttig exploiteren in andere sectoren. Het relatieve nut van de informatie kan door de partijen wel worden gehanteerd als een gesubjectieerde oorzaak. De wil tot behoud van een geheimhoudingsplicht ondanks de relatieve overbodigheid is bovendien vatbaar voor rechtsmisbruik.

Zowel het verlies van het geheime karakter en van het legitieme belang bij de geheimhouding kampen met aanzienlijke bewijsproblemen als tijdsbepaling. In de eerste plaats kan betwisting rijzen over de noties “openbaar domein” en “nut” (of “overbodigheid”). De inhoud van deze noties is vaag en voor meerdere interpretaties vatbaar. Een duidelijke contractuele definitie is daardoor wenselijk. Zelfs met een duidelijke contractuele definitie van deze noties is het niet evident om vast te stellen dat de bedongen termijn verstreken is. De bedongen gebeurtenissen kunnen namelijk (althans in eerste instantie) plaatsvinden buiten medeweten van de betrokken partijen. De uitwerking van een duidelijke bewijslastverdeling in het beding beperkt deze bewijsmoeilijkheden. Bepaalde gebeurtenissen kunnen worden aangemerkt als (on)weerlegbare vermoedens die erop wijzen dat het nut verdwenen is of dat de informatie deel uitmaakt van het publieke domein. De medecontractant moet dan het tegenbewijs leveren. Typische gebeurtenissen daarvoor zijn de publicatie van een octrooiaanvraag die gesteund is op de informatie<sup>1637</sup> of de vaststelling dat er alternatieve technieken op de markt zijn gekomen die leiden tot gelijkwaardige of superieure resultaten.

#### 4.4.2.2 Geheimhoudingsplichten met gefaseerde tijdsbepalingen

**469. Probleemstelling: de duur van tijdsbepalingen *certus an, incertus quando* is per definitie minder voorspelbaar.** Hierboven werd vastgesteld dat termijnen *certus an, certus quando* niet noodzakelijk resulteren in de meest efficiënte geheimhoudingsduur wegens het onvoorspelbare karakter van de materie. De geheimhoudingsplicht leent zich dan ook bij uitstek tot het gebruik van tijdsbepalingen *certus an, incertus quando*. Het voordeel van deze tijdsbepalingen - met name de flexibiliteit van hun precieze duur- kan echter evenzeer in het nadeel werken van één van de contractspartijen. De inherente onzekerheid over de precieze duur van deze tijdsbepalingen impliceert namelijk dat de verbintenis zowel aanzienlijk vroeger als later kan plaatsvinden dan op het moment van de contractsluiting werd verwacht.

De partijen kunnen deze onzekerheid van bij de aanvang van de overeenkomst matigen door ook een vaste termijn in hun overeenkomst te stipuleren. Dit combineert de tijdsbepaling *certus an, incertus quando* met een termijn *certus an, certus quando*.

---

<sup>1637</sup> Cf. F. NAMOUR, 187-188, nrs. 443-444; V. CAURA, 346, nr. 474.

Deze vaste termijn kan de beschermingsduur van de tijdsbepaling *certus an, incertus quando* zowel verlengen als beperken.

**470. Combinatie van termijn *certus an, incertus quando* en vaste uitlooptermijn.**

Het bedingen van een vaste uitlooptermijn koppelt de geheimhoudingsplicht aan een *minimumduur* die haar ontijdige uitdoving vermijdt. De geheimhoudingsplicht wordt in een eerste fase gekoppeld aan een tijdsbepaling *certus an, incertus quando*, bijvoorbeeld de opstarting van de industriële processen waarin de *knowhow* wordt toegepast. De keuze voor dit tijdstip mag niet worden verward met een opschortende tijdsbepaling. De effectiviteit van de bescherming vereist dat de geheimhoudingsplicht ook tijdens de implementatie van de *knowhow* onverkort van kracht is. Het gaat echter evenmin om een rechtsreeks uitdovende termijn voor de geheimhoudingsplicht. De realisatie van de zekere gebeurtenis geldt slechts als vertrekpunt van een tweede fase waarbij de geheimhoudingsduur afhankelijk is van een termijn *certus an, certus quando* (van bv. drie jaar). Deze laatste fase leidt na afloop tot de rechtstreekse uitdoving van de geheimhoudingsplicht. De gecombineerde geheimhoudingsduur blijft globaal bekeken *certus an, incertus quando*. Op het moment van de contractsluiting is het immers zeker *dat* de geheimhoudingsplicht zal uitdoven, bijvoorbeeld drie jaar na de opstarting van de productieprocessen, maar door de onzekere einddatum van de eerste fase is het onzeker *wanneer* de uitlooptermijn van drie jaar van start zal gaan. Het “minimale” karakter van de duur spitst zich met andere woorden niet toe op de beginfase van de geheimhoudingsplicht (wat het geval zou zijn bij de opschorting van een opzeggingsrecht), maar op de uitdoving ervan. Dergelijke gefaseerde tijdsbepalingen zijn geldig<sup>1638</sup>. De uiteindelijke zekerheid over de uitdoving vermijdt namelijk elk gevaar van eeuwigdurende verbintenissen.

Omgekeerd kan de tijdsbepaling *certus an, incertus quando* ook worden beperkt door een conventionele maximumduur. Deze beperking voorkomt dat de informatieverkrijger overdreven lang gebonden blijft aan de geheimhoudingsplicht. De combinatie van een minimum- en maximumdrempel voorkomt dan ook zowel een te lange als een te korte duur van de geheimhoudingsplicht. Niets verhindert verder dat de gefaseerde geheimhoudingsduur is samengesteld uit twee termijnen *certus an, certus quando*, al kunnen de partijen hierbij strikt genomen volstaan met het stipuleren van één termijn.

Elke operatie waarvan het zeker is dat ze zal eindigen, zonder dat het zeker is wanneer, is vatbaar voor een gefaseerde tijdsbepaling. In de contractuele praktijk worden gefaseerde geheimhoudingsplichten in de eerste plaats bedongen in de vorm van *postcontractuele uitlooptermijnen*. De eerste fase van de geheimhoudingsplicht is dan de duur van de contractuele basisverhouding. De tweede, postcontractuele, fase vangt aan op het moment dat de basisverhouding eindigt. Deze constructie verhindert dat het einde van “de overeenkomst” de onmiddellijke verdwijning van de geheimhoudingsplicht veroorzaakt (zie *infra* randnr. 551). Gefaseerde geheimhoudingsplichten zijn verder bruikbaar bij *activiteiten waarmee een overdracht van knowhow gepaard gaat*. Het vertrekpunt van de minimumduur is dan

---

<sup>1638</sup> Zie tevens Vred. Tielt 5 februari 1976, *T. Not.* 1977, 140.

gelegen op het tijdstip dat de beoogde handelsactiviteit van start gaat, d.w.z. van zodra de *knowhow* naar behoren werd geïmplementeerd en nuttig kan worden ingezet voor de activiteiten van de informatieontvanger. Zij kunnen ook worden aangewend in het raam van *onderhandelingen of andere voorbereidende activiteiten*. De duur van de geheimhoudingsplicht kan bijvoorbeeld worden vastgesteld op drie jaar na de stopzetting van de onderhandelingen<sup>1639</sup>. Het is hierbij aan te raden om een geheimhoudingsplicht te bedingen die van kracht blijft ongeacht het resultaat van de onderhandelingen. Dit voorkomt dat het voortbestaan van de geheimhoudingsplicht afhangt van het uiteindelijke welslagen van de gesprekken, wat het geval zou zijn indien de aanvang van de tweede fase wordt gekoppeld aan de definitieve contractsluiting<sup>1640</sup>.

**Voorbeeld:** “The term of this Agreement shall begin on the date of signature by the last of the Parties hereto and the secrecy obligations of the Parties mutually undertaken shall survive termination and expiration of the Feasibility Studies/Projects for a period of 5 years”<sup>1641</sup>.

“Both parties agree that at all times, during and after the current discussions, and thereafter for a period of ten (10) years, starting from the effective date of this Agreement, not to communicate or to divulge to third parties confidential information received from the other party”<sup>1642</sup>.

Zoals voor elke contractuele afspraak is het aan te raden om de aanvangsdatum van de tweede fase op weloverwogen wijze uit te werken.

Als voorbeeld van hoe het niet moet, kan worden gewezen op een geschil dat door de rechtbank van koophandel te Gent werd beslecht in een vonnis van 13 januari 1999<sup>1643</sup>. Een Belgisch bedrijf met activiteiten in de sector van de visvoeding beslist tot samenwerking met een Griekse doctoraatsstudent voor de ontwikkeling van een nieuw type verrijkte visvoeding. De student dient hiervoor toegang te krijgen tot het laboratorium en de *knowhow* van het bedrijf. Hij ondertekent dan ook een geheimhoudingsovereenkomst op de aanvangsdatum van de experimentele fase van zijn doctoraatsonderzoek. De voorziene duur van de geheimhoudingsplicht is ‘drie jaar’. De experimentele fase vangt aan in juni 1988 en eindigt in juni 1990. De student verdedigt zijn thesis op 19 juni 1992. Daarop keert de doctoraatsstudent terug naar zijn land van herkomst. In oktober 1993 begint hij daar een eigen onderzoek met het oog op de ontwikkeling van een verrijkte visvoeding gebaseerd op de kennis die werd ontwikkeld in samenwerking met het Belgische bedrijf. Het bedrijf beroept zich op de schending van de geheimhoudingsovereenkomst. Volgens haar is de uitdovende termijn van drie jaar namelijk bestemd om (pas) in werking te treden *op het moment dat de student zijn doctoraatsstudie heeft verdedigd*, zijnde 19 juni 1992. De rechtbank volgt die redenering niet en oordeelt dat de

---

<sup>1639</sup> Zie bv. Cour d’appel Parijs 10 november 2005, AR nr. 2004/23279, nr. JurisData: 2005-298405 (een belofte tot kapitaaloverdracht met een geheimhoudingsbeding dat geldig bleef tot één jaar na de stopzetting van de onderhandelingen. Het gebruik van de informatie die onder dit beding viel werd beschouwd als onrechtmatig).

<sup>1640</sup> De partijen kunnen de geheimhoudingsduur vervolgens laten variëren naargelang de beoogde overeenkomst al dan niet tot stand komt (M. FONTAINE, 305-306).

<sup>1641</sup> <http://www.danisco.fr>.

<sup>1642</sup> <http://www.bristol.ac.uk/research/>

<sup>1643</sup> Kh. Gent 13 januari 1999, *TGR* 1999, 63.

aanvangsdatum voor de termijn van drie jaar te situeren is *op het moment dat de experimentele fase werd afgesloten*, zijnde juni 1990. De geheimhoudingsplicht was bijgevolg reeds uitgedoofd.

**471. Toevoeging van een vaste minimumduur.** De toevoeging van een vaste uitlooptermijn biedt, zoals vastgesteld, een duurzamere bescherming dan een loutere termijn *certus an, incertus quando* indien de partijen een verkeerde inschatting hebben gemaakt over de precieze duur van deze termijn. De uitwerking van de gefaseerde geheimhoudingsduur gebeurt echter eveneens op basis van veronderstellingen die niet altijd zullen stroken met de realiteit. Het is niet uitgesloten dat een gefaseerde geheimhoudingsplicht door een misrekening *minder bescherming blijkt te bieden* dan de volstrekt vaste geheimhoudingsduur die wordt bereikt met een termijn *certus an, certus quando*. De combinatie van de zekerheid die een vaste termijn *certus an, certus quando* biedt over de totale duur van de geheimhoudingsplicht met de flexibiliteit en veiligheidsmarge van een gefaseerde geheimhoudingsplicht neutraliseert dit gevaar.

Dit gebeurt door de toevoeging van een alternatieve tijdsbepaling. Er is daarbij aan de ene kant een uitdovende termijn van bijvoorbeeld twee jaar die in werking treedt zodra de eerste fase (met tijdsbepaling *certus an, incertus quando*) wordt beëindigd. Aan de andere kant dan wordt voorzien in een globale minimumduur van bijvoorbeeld vijf jaar te rekenen vanaf de informatieverstrekking. De clause bepaalt vervolgens dat de toepasselijke geheimhoudingsduur degene is die leidt tot de langste beschermingsduur in het concrete geval. Bij de gegeven jaartallen is dit de globale minimumduur indien de contractuele basisverhouding wordt beëindigd vóór de aanvang van het vierde jaar. Indien de contractuele basisverhouding uiteindelijk slechts één jaar duurt, leidt de globale minimumduur tot een totale geheimhoudingsplicht van 4 jaar (er is al één jaar verstreken van het vijfjarige minimum). Een postcontractuele uitlooptermijn van twee jaar zou in die situatie slechts een effectieve geheimhoudingsplicht van drie jaar opleveren (er is al één jaar verstreken, te vermeerderen met een tweejarige uitlooptermijn). De postcontractuele uitlooptermijn biedt daarentegen de langste beschermingsduur vanaf het vierde jaar van de contractuele basisverhouding. In die hypothese is reeds drie à vier jaar verstreken van het vijfjarige minimum. De toepassing van de globale minimumduur zou daardoor slechts leiden tot een bijkomende beschermingsduur van hooguit één of twee jaar. De postcontractuele uitlooptermijn zou daarentegen een totale geheimhoudingsduur van minstens zes jaar bieden, namelijk de vier reeds verstreken jaren vermeerderd met de tweejarige uitlooptermijn.

**Voorbeeld:** “4.3.2 Confidentiality period. For any Confidential Information, the period of confidentiality shall be 5 years from the Effective Date or 2 years after the termination of this Project Co-operation Agreement, whichever is the greater.”<sup>1644</sup>

**472. Toevoeging van een vaste maximumduur.** De overeenkomst kan evenzeer een alternatieve bescherming met maximumduur bevatten:

---

<sup>1644</sup> <http://www.emobility.eu.org>.

“The obligations of Recipient set forth herein with regard to each item of confidential information will continue (a) so long as that item of confidential information, in whatever form, remains confidential or (b) for a period of five years, whichever period is shorter”<sup>1645</sup>.

“Duration of Confidentiality Obligation. The obligation to maintain the confidentiality of Confidential Information will expire at the earlier of the date when the information is no longer Confidential Information as defined in Paragraph 2.4 or three (3) years after the expiration or termination date of this CRADA. [...]”<sup>1646</sup>.

Het is niet noodzakelijk om te stipuleren dat de maximumduur van de geheimhoudingsplicht gekoppeld is aan de duur van het vertrouwelijke karakter van de informatie. Het voortbestaan van de geheimhoudingsplicht komt namelijk *ipso facto* in het gedrang indien de informatie haar vertrouwelijke karakter verliest. De verbijzondering dat de duur van de verbintenis beperkt blijft tot de duur van het vertrouwelijke karakter vermijdt wel een extensieve interpretatie van het beding, zodat de geheimhoudingsplicht niet vatbaar is voor de omzetting naar een niet-concurrentieplicht. Voor het overige riskeren deze clausules vooral een nodeloze bron van betwisting te zijn indien blijkt dat één van de partijen na afloop van de maximumduur nog belang heeft bij een verdere geheimhouding.

Joseph Mangione en Jeffery Jaffe hebben interesse om een deel van de Central Park Mall in San Antonio, Texas op te kopen en te renoveren. Zij gaan een overeenkomst aan met de Government Personnel Mutual Life Insurance Company (GPM) voor de koop van een lot (de locatie van de vroegere Dillard's Department store) in dit winkelcentrum. Een annex bij de overeenkomst voorziet dat de koop pas doorgaat indien Mangione en Jaffe het bewijs leveren dat zij een overeenkomst zijn aangegaan met de Taubman Group (d.i. een investeerder gespecialiseerd in de koop, ontwikkeling en de uitbating van winkelcentra). Op 9 juni 1999 gaan Mangione, Jaffe een geheimhoudingsovereenkomst aan met GPM waarbij de partijen zich ertoe verbinden om alle informatie over de koop en de mogelijke joint venture met de Taubman Group geheim te houden. Deze overeenkomst bevat een tijdsbepaling die stelt dat: “this Confidentiality Agreement shall be effective for a period of sixty (60) days from the date hereof or until the third party joint venturer information is made public”. Mangione en Jaffe stellen dat GPM enkele maanden later, op of rond 9 juni 1999, informatie over de beoogde koop heeft meegedeeld aan een derde wiens (ongeïnformeerde) medewerking noodzakelijk was voor het succes van de operatie. Deze derde zou de prijs van zijn medewerking dankzij deze informatie hebben verhoogd van 150.000 dollar naar 1.000.000 dollar, een prijs waar Mangione en Jaffe onmogelijk op konden ingaan. Mangione en Gaffe besluiten dat de zaak in het water is gevallen wegens de schending van de geheimhoudingsovereenkomst door GPM. De kern van deze betwisting draait om de interpretatie van de aangehaalde tijdsbepaling. Mangione en Gaffe stellen dat deze tijdsbepaling moet worden geïnterpreteerd als een minimumtermijn. De geheimhoudingsplicht zou pas verstrijken “at the latter of sixty days or until the third party joint venturer information is made public”. Volgens deze lezing was de vaststelling van de daadwerkelijke duur afhankelijk van de tijdsbepaling die leidde tot de langste duur in een concrete situatie. Er was m.a.w. de keuze tussen een duur van minstens 60 dagen of totdat de informatie over de joint venture

---

<sup>1645</sup> <http://www.treasuretowervending.com/content/view/28/48/>

<sup>1646</sup> *Supra* randnr. 396.

werd gepubliceerd. De toepasselijke duur in het concrete geval was, volgens de eisers, de publicatie van de informatie over de joint venture aangezien de 60 dagen reeds waren verstreken op 9 juni 1999. De rechtbank volgt deze interpretatie niet. Zij stelt vast dat de bewoordingen van de clause (*sixty days from the date hereof or until...*) ondubbelzinnig wijzen op een maximumtermijn, zodat zij geen interpretatie behoeft. De partijen hadden dus gestipuleerd dat de geheimhoudingsplicht *ofwel* 60 dagen zou duren te rekenen vanaf de contractsluiting, *ofwel* zou duren totdat de informatie over de joint venture werd bekendgemaakt. De tijdsbepaling van 60 dagen deed hierdoor dienst als een maximumtermijn in plaats van een minimumtermijn, zodat de geheimhoudingsplicht uitdoefde op de zestigste dag na de contractsluiting<sup>1647</sup>.

#### 4.4.2.3 Impliciete duur

**473. Terminologische verduidelijking.** De noties bepaalde of bepaalbare duur zijn te onderscheiden van de noties expliciete of impliciete duur. De expliciete duur is een tijdsbepaling die de partijen op om het even welke manier uitdrukkelijk bedingen in de overeenkomst<sup>1648</sup>. De impliciete duur is een tijdsbepaling die onrechtstreeks uit de overeenkomst af te leiden valt via een interpretatie of aanvulling van de overeenkomst. De (volstrekt) bepaalde duur is daarentegen een duur die reeds vaststaat op het moment van de contractsluiting, terwijl een bepaalbare duur slechts bestemd is om in de loop van de overeenkomst verder te worden afgelijnd. Dit bepaalde of bepaalbare karakter van de duur kan zowel blijken uit een expliciete als een impliciete tijdsbepaling.

**474. Impliciete geheimhoudingsduur.** Een tijdsbepaling hoeft niet uitdrukkelijk te worden bedongen<sup>1649</sup>. Zij kan impliciet vervat liggen in de overeenkomst<sup>1650</sup>. Een impliciete duur wordt vastgesteld op basis van de interpretatie of aanvulling<sup>1651</sup> van de partijwil. Zij kan bijvoorbeeld worden afgeleid uit de oorzaak (of het voorwerp) van

---

<sup>1647</sup> Court of Appeals Texas (San Antonio) 24 juli 2002, *Joseph T. Mangione and Jeffery H. Jaffe v. Government Personnel Mutual Life Insurance Company*, 2002 WL 1677457.

<sup>1648</sup> Cf. J. AZEMA, 69, nr. 86.

<sup>1649</sup> Zie *contra* V. CAURA, *Secret et contrat*, 346, nr. 476. Deze auteur raadt partijen aan om een uitdrukkelijke tijdsbepaling te stipuleren voor de geheimhoudingsplicht: “[...] il reste [...] intéressant de prévoir une stipulation qui formule expressément cet événement [le jour de l’entrée de l’information dans le domaine public] comme étant le terme déterminable de l’obligation de confidentialité. En effet, la prévision de ce terme déterminable permet à l’obligation de confidentialité de ne plus être à durée indéterminée et par conséquent de ne plus pouvoir faire l’objet d’une résiliation unilatérale par le cocontractant”.

<sup>1650</sup> H. CAPITANT, *Introduction à l’étude du droit civil*, 1925, Parijs, A. Pedone, 1925, 382, nr. 312; H. ROLAND, “Regards sur l’absence de terme extinctif dans les contrats successifs”, 740; I. PETEL, 1984, 506-510, nrs. 470-475 (in het bijzonder 510, nr. 475) en 536, nr. 500; D. VEAUX, “Fasc. Unique: Contrats et obligations – Diverses espèces d’obligations – Obligations à terme”, *JurisClasseur Civil Code Art. 1185 à 1188*, nr. 24 en 123; C. CASEAU-ROCHE, 161, nr. 187; O. BILLARD, 63, *et seq.*; J. GHESTIN, Ch. JAMIN en M. BILLIAU, 278-280, nrs. 224-228; *RPDB*, v° Obligations, 302; L. CORNELIS, 1991, (39) 45, nr. 5 (een tijdsbepaling kan stilzwijgend bedongen zijn); H. DE PAGE, II, 1964, 729, nr. 763; zie tevens het voorgestelde art. 1185 van het Franse Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit à la prescription, Rapport à Monsieur Pascal Clément, 22 september 2005.

<sup>1651</sup> Cf. Kh. Brussel 3 december 1956, *TBH* 1957, 34 (wanneer een overeenkomst van bepaalde duur werd aangegaan voor de huur van stellingmateriaal is het een gebruik om, behoudens andersluidende afspraak, de overeenkomst na afloop van de termijn verder te zetten totdat de werken op de bouwplaats zijn afgerond).

de verbintenis<sup>1652</sup>. De contractspartijen zijn de verbintenis namelijk aangegaan vanuit een bepaalde doelstelling en de nood aan het behoud van de verbintenis verdwijnt indien deze doelstelling is bereikt. Voor geheimhoudingsovereenkomsten is dit het geval van zodra de meester van het geheim geen legitiem belang meer kan laten gelden bij de verdere geheimhouding. Een geheimhoudingsplicht heeft geheime informatie als voorwerp. Het tijdstip waarop de informatie haar geheim karakter verliest, beperkt de maximumduur<sup>1653</sup>. Dit tijdstip kan bijvoorbeeld worden vastgelegd op het moment dat de informatie in het openbare domein valt<sup>1654</sup> of desgevallend op het moment dat de tijd is verstreken die de informatieverkrijger nodig zou gehad hebben om de informatie onafhankelijk van de meester van het geheim te ontwikkelen<sup>1655</sup>. Indien de geheimhoudingsplicht bestemd zou zijn om voort te duren na dit tijdstip, wordt zij omgezet naar een niet-concurrentieplicht en moet zij vanaf dan voldoen aan de daarvoor geldende vereisten.

Een stilzwijgen van de partijen over de duur van de geheimhoudingsplicht is eerder uit te leggen als een impliciete tijdsbepaling die gericht is op de maximale beschermingsduur dan als een bewuste keuze voor de zeer precaire kwalificatie van de onbepaalde duur. De duurzame uitvoering van de geheimhoudingsplicht in de tijd is immers cruciaal voor het nut dat de informatieverstrekker haalt uit de overeenkomst. Een blinde interpretatievoorkeur voor de kwalificatie onbepaalde duur riskeert daardoor de werkelijke partijwil te miskennen. De kwalificatie als onbepaalde duur brengt zelfs de geldigheid van de geheimhoudingsverbintenis in het gedrang. De meester van het geheim stemt immers in met de informatieverstrekking omdat de informatieverkrijger zich ertoe verbindt deze informatie gedurende enige tijd geheim te houden. Deze verbintenis -en daardoor ook het wederkerige karakter van de contractuele band- is echter zowel inhoudloos als doelloos indien de geheimplichtige zich vervolgens op elk moment kan ontdoen van zijn geheimhoudingsplicht.

---

<sup>1652</sup> Frankrijk: J. AZEMA, 79-88, nrs. 99-112; I. PETEL, 471, nr. 437; H. ROLAND, “Regards sur l’absence de terme extinctif dans les contrats successifs”, 742-743; O. BILLARD, 64-67; J. GHESTIN, Ch. JAMIN en M. BILLIAU, 279, nr. 225; België: Th. DELAHAYE, 23, nr. 14; C. DELFORGE, “L’unilatéralisme et la fin du contrat”, (77) 115, nr. 87; I. CLAEYS en L. PHANG, 431, nr. 72. In tegenstelling tot de oorzaak wordt het voorwerp beschouwd als een uitdrukkelijke grondslag voor de bepaling van de duur (kritisch: Ch. MOULY, *Les causes d’extinction du cautionnement*, 341, voetnoot 2; zie tevens I. PETEL, 514, nr. 478).

<sup>1653</sup> Er zijn - gelet op de contractvrijheid - ook minder ver in de tijd verwijderde en al dan niet impliciete tijdstippen voor de beëindiging denkbaar, zoals de beëindiging van de contractuele basisverhouding.

<sup>1654</sup> Zie tevens G. SCHRANS, “The protection of know-how under Belgian law” in H. COHEN JEHOAM (ed.), *The protection of know-how in 13 countries*, Deventer, Kluwer, 1972, (1) 6, nr. 11 en “Juridische problematiek van de aanwending van research in de onderneming”, *RW* 1972-73, (1810) 1814 (openbaarmaking leidt tot verlies van het voorwerp van de know-how); A. VAN MENDEL, “De bescherming van fabrieksgeheimen of technische know-how naar Belgisch recht”, *RW* 1982-83, (2002) 2014. P. STOFFEL-MUNCK, “L’après-contrat”, *RDC* 2004 (159) nr. 20; F. TESTU, “La confidentialité conventionnelle”, *Dr. & Pat.* 2002, 81; V. DUHAUT, 261-262, nr. 196; I. PETEL, 528-529, nr. 494; Y. DARGIER DE SAINT VAULRY, 149 (“les engagements de non-utilisation ou de non-divulgaration ne valent que tant que le Know-How concerné n’est pas dans le domaine public”).

<sup>1655</sup> In deze hypothese dient weliswaar ook rekening te worden gehouden met het feit dat de informatieverkrijger bij een onafhankelijke ontwikkeling ook investeringen zou moeten doen en dat de snelheid van de onafhankelijke ontwikkeling zou worden beïnvloed door de omvang van deze investeringen.



De vaststelling van een impliciete wil van de partijen komt niet in conflict met de interpretatieregel dat de overeenkomst in geval van twijfel wordt uitgelegd in het voordeel van de partij die zich verbonden heeft, wat in dit geval de geheimplichtige zou zijn. Deze regel geldt slechts voor zover de betekenis van het beding onduidelijk blijft na een onderzoek van de relevante intrinsieke en extrinsieke elementen van de overeenkomst. Eerst moet worden nagegaan of er een impliciete wil is. Een beroep op de terugvalpositie van artikel 1162 BW is pas noodzakelijk indien dat niet het geval blijkt<sup>1656</sup> en er ook geen mogelijkheid is om de overeenkomst aan te vullen met een duur op basis van de wet<sup>1657</sup>, het gebruik<sup>1658</sup> of de billijkheid in de zin van artikel 1135 BW.

Sommige auteurs betwisten dat de duur van een licentie voor (geheime) *knowhow* impliciet beperkt kan zijn<sup>1659</sup>. Zij baseren zich hiervoor op de stelling dat het voorwerp van deze licentieovereenkomst onbeperkt bestaat in de tijd. De informatie als dusdanig blijft inderdaad eeuwig bestaan. Dit geldt echter niet voor het vertrouwelijke karakter van de informatie of het belang dat de meester van het geheim heeft bij het verdere behoud van de geheimhoudingsplicht (bv. wegens het wegvallen van het concurrentiële voordeel dat de informatie biedt)<sup>1660</sup>. De impliciete duur kan bijgevolg worden vastgeknoopt aan de duur van het vertrouwelijke karakter en het daarmee gepaard gaande feitelijke monopolie van de meester van het geheim. De aanwezigheid van een impliciete duur mag daarom niet *a priori* worden uitgesloten.

---

<sup>1656</sup> Cass. 22 maart 1979, *Arr. Cass.* 1978-79, 860; Cass. 17 september 1982, *Arr. Cass.* 1982-83, 86; Cass. 28 oktober 1983, *Arr. Cass.* 1983-84, 245; Cass. 28 november 1983, *RW* 1983-84, 1078; Cass. 30 maart 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, 1018 (op basis van art. 1602 BW); Cass. 4 december 1986, *Arr. Cass.* 1986-87, 454; Cass. 17 oktober 1988, *Arr. Cass.* 1988-89; Cass. 22 februari 2002, *Arr. Cass.* 2002, 570; Luik 30 oktober 2002, *JLMB* 2003, 1809; Brussel 18 februari 1999, *AJT* 1999-00, 526; Rb. Brussel 28 mei 1984, *TBH* 1986, 599, noot. Wettelijke uitzonderingen kunnen meteen resulteren in een interpretatie ten voordele van de beschermde partij: Rb. Brussel 8 mei 2006, *TBBR* 2006, 436. De toepassing van artikel 1162 BW is ondergeschikt aan de art. 1156 en 1157 BW (Brussel 10 december 1968, *Pas.* 1969, II, 51). Zie uitgebreid L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, 280-282, nr. 232).

<sup>1657</sup> Zie impliciet Cass. 15 december 2006, *RW* 2007-08, 104, noot M. MUYLLE (een recht van opstal dat voor onbepaalde duur wordt bedongen, is in werkelijkheid langer dan de maximumduur van vijftig jaar. Bij gebrek aan geldige tijdsbepaling kon de bodemrechter de contractuele duur herleiden tot de wettelijk bepaalde maximumtermijn van vijftig jaar).

<sup>1658</sup> I. PETEL, 497-502, nr. 461-467 (deze auteur merkt op dat de rol van gebruiken op dit vlak eerder beperkt is). Zo kunnen in bepaalde sectoren gebruiken gelden waarbij geheimhoudingsplichten worden aangegaan voor een specifieke duur (van bv. 5 jaar) naargelang het type informatie; C. BLOUD-REY, 137, nr. 144; Th. DELAHAYE, "La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée en droit belge", (223) 229, nr. 11.

<sup>1659</sup> Y. VAN COUTER en B. VANBRABANT, *Handboek Licentieovereenkomsten in Bibliotheek Handelsrecht Larquier*, Brussel, Larquier, 2007, 18-19.

<sup>1660</sup> De verdwijning van dit vertrouwelijke karakter maakt weliswaar de verdere materiële uitvoering van de geheimhoudingsplicht niet onmogelijk. Zij brengt wel een wijziging aan in de juridische kwalificatie van deze verplichting (die voortaan te beschouwen is als een niet-concurrentieplicht) die met zich meebrengt dat de verdere duur hoe dan ook zeer beperkt moet blijven. De vraag of de partijen een impliciete duur tot aan de verdwijning van het vertrouwelijke karakter op het oog hadden dan wel of zij een korte, niet nader bepaalde niet-concurrentieverplichting wensten (die in principe ongeldig is aangezien een niet-concurrentieplicht duidelijk afgelijnd moet zijn in tijd en ruimte) is een kwestie van interpretatie.

Men dient zich wel te hoeden voor de ondoordachte aanvaarding van impliciete termijnen in contractuele relaties. Er dient een reëel onderzoek aan vooraf te gaan op basis van de regels over de contractuele interpretatie en aanvulling. Een licentienemer van software kan zich bij gebrek aan uitdrukkelijke tijdsbepaling bijvoorbeeld niet *ipso facto* beroepen op de wettelijke beschermingsduur van de software. Deze beschermingsduur komt ten goede aan de licentiegever en het is niet vanzelfsprekend dat deze partij bereid was om deze termijn te hanteren als eindpunt voor het toegekende gebruiksrecht op de software. Dergelijke contractuele relaties kunnen nog steeds van onbepaalde duur zijn<sup>1661</sup>.

**475. Remediëring van een ‘pro forma’ eeuwigdurend karakter.** De mogelijkheid om de duur van de contractuele relatie impliciet af te bakenen betekent zelfs dat het uitdrukkelijke gebruik van de terminologie “eeuwigdurend” bij geheimhoudingsplichten niet problematisch hoeft te zijn (al is het dat in beginsel wel, gelet op de betekenis van deze term in het dagelijkse taalgebruik). De woordkeuze is ongelukkig, maar de bodemrechter is mits gepaste motivering van zijn beslissing niet verplicht om deze terminologie letterlijk op te vatten (*cf. supra* randnrs. 263, 411 en 459)<sup>1662</sup>. Hij kan op basis van zijn interpretatiewerkzaamheden vaststellen dat de *reële partijwil* gericht is op een tijdsbepaling *certus an, incertus quando* die voortduurt totdat het natuurlijke eindpunt van de verbintenis is bereikt. Bij geheimhoudingsplichten is dat van zodra de informatie geen vertrouwelijk karakter meer heeft of zodanig verouderd is dat de meester van het geheim geen legitiem belang meer heeft bij de verdere geheimhouding.

De Engelse zaak *Harbinger v. GE Information Services* (GEIS) illustreert deze principiële mogelijkheid tot interpretatie op heldere wijze. GEIS opereert een computernetwerk en stelt daarvoor software ter beschikking aan haar cliënteel. Vanaf 19 augustus 1996 levert (onder meer) de rechtsvoorganger van Harbinger deze software in het raam van een VAR (*Value Added Reseller agreement*). Bij de levering van deze software wordt een (sub)licentieovereenkomst aangegaan voor een dienst-na-verkoop in de vorm van ondersteuning bij en onderhoud van de software. Op 30 december 1998 verstuurt Harbinger een opzegging die uitwerking moet krijgen op 31 december 1999. De contractuele basisverhouding tussen de partijen neemt effectief een einde op die datum. Over de postcontractuele draagwijdte van de dienst-na-verkoop ontstaat echter discussie. De overeenkomst bevat een clause die Harbinger verbindt tot de levering *in perpetuity* van ondersteuning en onderhoud tegen betaling van een jaarlijkse vergoeding. De rechtbank in eerste aanleg oordeelt dat de interpretatie als eeuwigdurende verplichting *uncommercial* zou zijn voor Harbinger. Zij geeft de voorkeur aan een interpretatie waarbij de overeenkomst in de tijd wordt begrensd door een redelijke termijn en stelt die vervolgens vast in het licht van de termijn waarin GEIS de overeenkomst op haar beurt met haar cliënteel kan opzeggen. De rechter in hoger beroep volgt deze redenering niet: “In perpetuity is inconsistent with a time limit [deze formulering is enigszins contradictoir, er is immers wel degelijk een *time limit*, maar zij is niet uitdrukkelijk] and the words mean, in my judgment, that the obligation is to continue without limitation of time. [...] This does not mean literally for ever or until the crack of

<sup>1661</sup> Zie de overwegingen bij J.M. MOUSSERON, P. MOUSSERON, J. RAYNARD en J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Levallois, Francis Lefebvre, 2005, 223, met verwijzing naar Cour d’appel Parijs 14 november 2001.

<sup>1662</sup> Vgl. overigens de woordkeuze bij C. VUILLEMIN-GONZALEZ, 342, nr. 439-440.

doom. The contract itself [...] will not live forever. The time will come when the technology is superseded and the software is outdated. As a result, customers will require a change in the software (and no doubt in the hardware) which they use and they will no longer make the annual payments in return for which the services are provided. *No one can predict definitely when this will occur. But until it does, the contract and the obligation both survive*<sup>1663</sup> (eigen cursivering). Hiermee stelt de rechtbank vast dat een geldige, maar impliciete tijdsbepaling *certus an, incertus quando* de verplichting beperkt.

#### 4.4.3 Richtlijnen bij de contractuele uitwerking van geheimhoudingsplichten van bepaalde of bepaalde duur

**476.** De duur van de geheimhoudingsplicht, moet zoals aangehaald, worden ingevuld op basis van twee parameters: het tijdstip of tijdvak voor de informatieverstreking (het *disclosure window*) en de geheimhoudingsduur. Beide tijdvakken kunnen van een bepaalde of bepaalde (of onbepaalde) duur zijn. In wat volgt worden de verschillende opties bestudeerd waarover de partijen beschikken bij het vaststellen van de geheimhoudingsduur. Behoudens andersluidende verbijzonderingen vertrekt elke hypothese van een *disclosure window* dat toepasbaar is op een onbepaald aantal informatieverstrekingen en via een tijdsbepaling *certus an, incertus quando* gekoppeld is aan de duur van een contractuele basisverhouding.

De geheimhoudingsduur kan worden vastgesteld vanuit het perspectief van elke informatieverstreking of op basis van een globale periode. Dit geldt zowel voor éénmalige, meervoudige als voor een onbepaald aantal informatieverstrekingen.

##### 4.4.3.1 Perspectief van elke individuele informatieverstreking

**477. Per informatieverstreking, geen globale duur.** Bij een vaste duur per individuele informatieverstreking moet voor elke informatieverstreking een afzonderlijke geheimhoudingsperiode in acht worden genomen. De duur van de geheimhoudingsplicht geldt ongeacht het moment waarop de informatieverstreking plaatsvindt in het leven van de overeenkomst. Indien de duur werd vastgesteld op vijf jaar te rekenen vanaf de individuele informatieverstreking, dan begint voor elke informatieverstreking een periode van vijf jaar te lopen vanaf de datum van de verstreking<sup>1664</sup>. Het is daarbij niet relevant of de informatie nu aan het begin of aan het einde van de duur van de contractuele relatie wordt meegedeeld voor het bepalen van de duur van de geheimhoudingsplicht, wat misbruik van het *disclosure window* uitsluit (cf. *infra* randnr. 480). De postcontractuele werking vloeit automatisch voort uit de bedongen standaardduur. Een informatieverstreking in het laatste jaar van de contractuele relatie, leidt bijvoorbeeld evenzeer tot een geheimhoudingsplicht van vijf jaren dankzij een bijkomende postcontractuele geheimhoudingsplicht van vier jaren.

---

<sup>1663</sup> Court of Appeal 21 december 1999, *Harbinger UK Limited v. GE Information Services Limited*, (2000) 1 All E.R. (Comm.) 166, (Westlaw: 1999 WL 1556496).

<sup>1664</sup> Dit is een zogenaamde *rolling period* (P. KURZ, 67).

**Voorbeeld:** “The obligations of a receiving party to protect and refrain from using Confidential Information shall terminate, for each particular item of Confidential Information, [...] years after its respective disclosure”.

“Each party shall maintain in confidence [...] any Confidential Information of the other party for a period of five (5) years from the date of such disclosure [...]”<sup>1665</sup>.

Een systeem met vaste geheimhoudingsduur per informatieverstrekking kampt met één juridisch probleem en twee praktische problemen. Het probleem op juridisch vlak is dat de bescherming in deze fragmentaire benadering te maken krijgt met aanzienlijke bewijsmoeilijkheden. De informatieverstrekker kan namelijk niet volstaan met het bewijs dat de overeenkomst voorziet in een geheimhoudingsplicht en dat de informatieverstrekking globaal te situeren is tussen de aanvang van de geheimhoudingsplicht en (bijvoorbeeld) het einde van de contractuele basisverhouding. Betwistingen over de duur van de geheimhoudingsplicht voor specifieke informatie vereisen het bewijs van de precieze datum waarop de informatie werd meegedeeld. Indien de duur per informatieverstrekking wordt berekend, is het namelijk mogelijk dat de geheimhoudingsplicht ten aanzien van de betwiste informatie reeds is verstrekt terwijl later meegedeelde informatie nog steeds onderworpen is aan geheimhouding. Een discrepantie tussen de datum de werkelijke datum van de mededeling en de in rechte aantoonbare datum riskeert de geheimhoudingsduur dan ook ten onrechte in te korten of te verlengen, al naargelang de partij bij wie de bewijslast rust. De uitwerking van in acht te nemen formaliteiten bij elke informatieverstrekking, zoals de registratie van schriftelijke stukken of schriftelijke bevestiging van mondeling meegedeelde informatie, vermijdt deze bewijsmoeilijkheden. De overeenkomst kan tevens afspraken bevatten over de verdeling van de bewijslast voor de correcte datum. Men kan bijvoorbeeld overeenkomen dat, behoudens tegenbewijs, de geheimhoudingsplicht wordt geacht te zijn ingegaan op de *effective date* van de overeenkomst (dit is in het voordeel van de informatieontvanger) of dat de informatie gelijktijdig met of binnen een bepaalde termijn na de laatst aantoonbare informatieverstrekking werd meegedeeld (dit is in het voordeel van de informatieverstrekker).

**Voorbeeld:** “The obligations of a receiving party to protect and refrain from using Confidential Information shall terminate, for each particular item of Confidential Information, [...] years after its respective disclosure. If the respective date of disclosure cannot be proven the Confidential Information is presumed to have been disclosed on the effective date of the agreement”.

Wat de praktische problemen betreft, wordt men ten eerste geconfronteerd met het typische gevaar van gestandaardiseerde afspraken, namelijk dat de *in abstracto* opgelegde duur niet noodzakelijk de meest geschikte termijn is voor elke individuele informatieverstrekking. Bovendien leidt een versnippering van de geheimhoudingsplichten in de tijd tot het risico dat de concurrentie in staat is om haar achterstand sneller in te halen aan de hand van de informatie waarvan de

---

<sup>1665</sup> <http://www.wrightfuelcellgroup.org>; vgl. <http://www.carnegiemellonctt.com/forms/One-wayCDA.doc>

geheimhoudingsplicht reeds verstreken is, waardoor ook de nog vertrouwelijke informatie sneller in het publieke domein terechtkomt<sup>1666</sup>. Zelfs de gedeeltelijke beschikbaarheid van bepaalde informatie vereenvoudigt immers de *reverse engineering* of parallelle ontwikkeling van het totaalpakket van de informatie, met inbegrip van de elementen waarvoor de geheimhoudingsplicht nog geldt.

#### 4.4.3.2 Perspectief van een globale geheimhoudingsperiode

**478. Globaal vast maximum.** De geheimhoudingsduur kan gekoppeld zijn aan een periode die onafhankelijk van concrete informatieverstrekkingsaanvragen aanvangt en eindigt. In dat geval beperkt een vast, globaal tijdvak de duur van de geheimhoudingsplicht (bv. vijf jaar te rekenen vanaf de aanvang van de overeenkomst). Dit maakt de duur variabel vanuit het standpunt van de individuele informatieverstrekking. De maximale duur is bijvoorbeeld vijf jaar, maar deze duur wordt ingekort naarmate de informatieverstrekking op een later tijdstip plaatsvindt. Alleen de informatie die aan het begin van de periode wordt meegedeeld, zal effectief vijf jaar geheim moeten worden gehouden. De geheimhoudingsplicht van informatie die in het laatste jaar wordt meegedeeld, zal daarentegen (behoudens de hierna bestudeerde nuances) hooguit één jaar bedragen.

**Voorbeeld:** “X sera délié de l’engagement de confidentialité au bout de 18 mois après la signature du présent accord en ce qui concerne le caractère confidentiel des informations reçues”<sup>1667</sup>.

“The obligations of a receiving party concerning Confidential Information disclosed by the other party under this Agreement shall terminate [...] years after the Effective Date”<sup>1668</sup>.

Dit is de situatie waarin de partijen terechtkomen indien de overeenkomst geen onderscheid maakt tussen de *effective date* van de overeenkomst en de *effective date* van de verbintenis of tussen het *disclosure window* en de geheimhoudingsduur.

**479. Effective date van de overeenkomst en effective date van de verbintenis.** De standaardbetekenis van de notie “effective date” wordt in het Anglo-Amerikaanse taalgebruik geassocieerd met de datum van de inwerkingtreding van de overeenkomst in haar geheel<sup>1669</sup>. Partijen die de aanvangsdatum van de geheimhoudingsplicht wensen te berekenen op basis van het tijdstip van elke individuele informatieverstrekking dienen de *effective date* van de verbintenis, *in casu* de datum van de informatieverstrekking, te kiezen als aanvangsdatum en niet de aanvangsdatum

---

<sup>1666</sup> Vgl. met de achterliggende problematiek van de *springboard doctrine* o.m. P. STANLEY, 41-42 (“[...] the information is ‘partly public and partly private’. In principle the private information remains private. But it is possible to use the public information to *recreate* the private information”).

<sup>1667</sup> M. FONTAINE, *RDAL* 1991, (3) 63; vgl. met de clausule aangehaald door F. NAMOUR, 172: “L’obligation de confidentialité entrera en vigueur pour une période de [...] ans à compter de la date de signature des présentes”.

<sup>1668</sup> P. KURZ, 66.

<sup>1669</sup> “Effective date: The date on which a statute, contract, insurance policy, or other such instrument becomes enforceable or otherwise takes effect, which sometimes differs from the date on which it was enacted or signed” (*Black’s Law Dictionary* (8th ed. 2004)).

van de contractuele basisverhouding, zoals de datum van de contractsluiting. Zoniet komen de partijen terecht in een stelsel met een globale geheimhoudingsduur in plaats van een berekening per informatieverstrekking (bv. vijf jaar vanaf de contractsluiting ongeacht het tijdstip van de informatieverstrekking in plaats van de beoogde vijf jaar vanaf elke individuele informatieverstrekking).

**480. *Disclosure window* en geheimhoudingsduur.** De ongenueanceerde keuze voor een vaste globale duur is af te raden wanneer de informatie niet in één geheel wordt overgedragen op het moment van de *effective date* van “de overeenkomst”, maar gespreid wordt over meerdere tijdstippen doorheen het bestaan van de contractuele basisverhouding. De geheimhoudingsduur riskeert namelijk zeer kort te worden voor informatieverstrekkings die aan het einde van de globale geheimhoudingsduur plaatsvinden, wat de effectiviteit van de geheimhoudingsplicht uitholt.

Zo is de doelstelling van een bestudeerde geheimhoudingsovereenkomst ([www.npiservices.com](http://www.npiservices.com)) “to ensure the protection and preservation of the (“Confidential Information”) to be disclosed or made available for the intent of quoting and producing goods and services per (your company name)’s specifications”. Vervolgens wordt gestipuleerd dat “this Agreement shall continue in full force for one year from the Effective Date”. De vertrouwelijke informatie kan nochtans gedurende de ganse looptijd van de overeenkomst worden meegedeeld. In een letterlijke lezing blijft de geheimhoudingsduur die is ingegaan op de *effective date* van de overeenkomst bijgevolg beperkt tot de nog te verstrijken fractie van de globale geheimhoudingsduur - hoe miniem deze ook is.

De hierboven aangehaalde clausules zijn dan ook alleen aan te raden voor éénmalige informatieverstrekkings die plaatsvinden op de gekozen aanvangsdatum van de geheimhoudingsduur. De geheimhoudingsduur van informatieverstrekkings die op een latere datum plaatsvinden, wordt immers ingekort met het reeds verstreken tijdsverloop.

Het bedingen van een veiligheidsmarge in de vorm van een vaste uitlooptermijn neutraliseert de omgekeerd evenredige werking het tijdstip van de informatieverstrekking in het *disclosure window* en de globale geheimhoudingsduur (d.i. hoe later de mededeling gebeurt, hoe korter de duur van de geheimhoudingsplicht t.a.v. die informatie). Een vaste uitlooptermijn plaatst een buffer tussen de sluiting van het *disclosure window* en de uitdoving van de geheimhoudingsduur. Deze uitlooptermijn kan hetzij bestaan uit een bijkomende minimumduur per individuele informatieverstrekking, hetzij uit een globaal vast minimum dat toepasselijk is op elke informatieverstrekking ongeacht het tijdstip waarop deze plaatsvond.

**481. Globale duur met vast minimum per informatieverstrekking.** Een eerste oplossing is de aanvulling van de globale duur met een minimumduur per informatieverstrekking. Deze geheimhoudingsplicht duurt bijvoorbeeld zolang de contractuele basisverhouding duurt (*in casu* een termijn van vijf jaar) *met* een minimum van drie jaar per individuele informatieverstrekking. Deze techniek kampt met dezelfde bewijsmoeilijkheden als de techniek van de vaste duur per individuele informatieverstrekking (*supra* randnr. 477).

Wanneer daarentegen wordt gewerkt met globale vaste minima in plaats van vaste minima per informatieverstrekking hoeft alleen te worden aangetoond dat de informatie werd verstrekt binnen het *disclosure window*. De postcontractuele duur van de geheimhoudingsplicht geldt namelijk ongeacht het tijdstip waarop de informatie binnen die periode werd verstrekt.

**482. Globaal vast minimum, desgevallend in de vorm van een postcontractuele uitlooptermijn.** De geheimhoudingsplicht kan worden gekoppeld aan een *globale, vaste minimumduur*. Hier is sprake van een geheimhoudingsplicht waarbij de realisatie van een bepaald gebeurtenis, zoals de beëindiging van de contractuele basisverhouding, naast desgevallend het eindpunt van het *disclosure window* te markeren, het startpunt is van een vaste periode waarin alle voordien meegedeelde informatie bijkomend geheim moet worden gehouden ongeacht het concrete tijdstip van elke individuele informatieverstrekking. Deze minimumduur geldt uiteraard steeds onder het voorbehoud dat de informatie in kwestie op dat moment nog een vertrouwelijk karakter heeft.

Deze techniek wordt gebruikt om de effectiviteit van de geheimhoudingsduur te beschermen tegen de onzekerheid die gepaard gaat met een *disclosure window*. Dit gebeurt door de geheimhoudingsplicht te koppelen aan een bijkomende, globale *postcontractuele* uitlooptermijn. Dit verhindert dat informatie die aan het einde van de contractuele basisverhouding wordt meegedeeld slechts voor een uiterst beperkte duur geheim moet worden gehouden. Het vertrekpunt van de bijkomende geheimhoudingsplicht is in deze hypothese de beëindiging van het *disclosure window* of de contractuele basisverhouding om welke reden dan ook. De totale duur van de geheimhoudingsplicht is dan samengesteld uit de totale duur van de contractuele relatie vermeerderd met een globale uitlooptermijn van bijvoorbeeld drie jaar.

**Voorbeeld:** “Confidential Information disclosed or obtained hereunder during the Disclosure Period set forth below [i.c. 24 maanden vanaf de contractsluiting] shall not be disclosed by the Recipient for a period of two (2) years from the expiration of the Disclosure Period”<sup>1670</sup>.

“The obligations of the receiving party shall expire [...] years from the date of expiration or termination of this Agreement”<sup>1671</sup>.

Een alternatief voor de beëindiging van de contractuele relatie of het *disclosure window* is de datum van de laatste informatieverstrekking. Deze techniek is bruikbaar indien de partijen op het moment van de contractsluiting nog geen duidelijk beeld hebben over de duur van de contractuele basisverhouding of het *disclosure window*.

---

<sup>1670</sup> <https://www.trustkeeper.net/esp/ViewTermsOfUse>.

<sup>1671</sup> P. KURZ, 67. Vgl met: “This Agreement controls only Confidential Information which is disclosed during the duration of the Agreement [een alternatief is bv. “during a period of one year from the Effective Date”]. The receiving party’s duties under this Agreement expire three years from the date of expiration or termination of this agreement” (P. KURZ, 68).

**Voorbeeld:** “The obligations of Recipient herein shall be effective [...] years from the date Owner last discloses any Confidential Information to Recipient pursuant to this Agreement”<sup>1672</sup>.

Het verschil met het vaste minimum per informatieverstreking is dat laatstgenoemde techniek een limiet oplegt vanuit het perspectief van elke informatieverstreking afzonderlijk in plaats van één globale limiet. Informatie die dan bijvoorbeeld drie jaar vóór het einde was verstrekt, hoeft niet meer geheim te worden gehouden op het moment dat de contractuele relatie wordt beëindigd. De minimumduur van drie jaar per informatieverstreking is namelijk reeds bereikt voordat de contractuele relatie een einde neemt. Bij een globaal vaste minimumduur moet daarentegen alle informatie (die nog geheim is op het einde van de contractuele basisverhouding) geheim worden gehouden gedurende een bijkomende uitlooptermijn van drie jaar, met inbegrip van de informatie die reeds langer dan drie jaar geleden werd verstrekt. Dit voorkomt de hierboven vermelde bewijsproblemen en verhindert ook dat de laatst meegedeelde, nog geheime informatie sneller dan noodzakelijk haar vertrouwelijke karakter verliest door de stapsgewijze uitdoving van de eerst ontstane individuele geheimhoudingsplichten (*supra* randnr. 477).

#### 4.5 Geheimhoudingsplichten van onbepaalde duur?

**483. Verbintenissen van onbepaalde duur zijn geldig.** De toevoeging van een tijdsbepaling is geen geldigheidsvereiste voor een geheimhoudingsplicht, zelfs al strekt de naleving van de geheimhoudingsplicht zich noodzakelijkerwijze uit in de tijd<sup>1673</sup>. De vrijheid om het eindpunt van contractuele bestanddelen te kiezen, impliceert namelijk de vrijheid om geen eindpunt vast te leggen<sup>1674</sup>. Duurverbintenissen kunnen voor een ‘onbepaalde’ duur worden aangegaan. De beslissing om de einddatum onbepaald te houden, brengt wel een aantal minimumvereisten met zich mee voor het opzeggingsrecht dat met deze verbintenissen gepaard gaat.

**484. Geheimhoudingsplicht van onbepaalde duur?** Het is hoogst onwaarschijnlijk dat partijen vrijwillig een geheimhoudingsplicht van onbepaalde duur zouden opzoeken<sup>1675</sup>. Het precaire karakter dat met deze kwalificatie gepaard gaat, legt

<sup>1672</sup> <http://www.ilrg.com/forms/confidagree.html>.

<sup>1673</sup> Dit betekent echter nog niet dat de tijdsbepaling geen geldigheidsvereiste kan zijn voor een geheimhoudingsovereenkomst. De eenzijdige opzegbaarheid van de geheimhoudingsplicht kan namelijk de oorzaak van de overeenkomst aantasten voor de informatieverstrekker. Deze gaat de overeenkomst immers aan om zijn feitelijke monopolie te beschermen en een *ad nutum* opzegbaarheid holt de effectiviteit van deze bescherming uit.

<sup>1674</sup> Frankrijk: J. AZEMA, 109, nr. 135; O. LITTY, *Inégalité des parties et durée du contrat: étude de quatre contrats d'adhésion usuels* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 1999, 53, nr. 54; J. GHESTIN, C. JAMIN en M. BILLIAU, 228, nr. 185; België: L. CORNELIS, “De duur van het contract met opeenvolgende prestaties” in *Het contract met opeenvolgende prestaties*, (39) 43-44, nr. 4. Art. 1780 BW stelt weliswaar dat men slechts zijn diensten kan aanbieden voor een tijd of voor een bepaalde onderneming. Dit artikel voorziet slechts in dienstencontracten die voor het leven van de leverancier worden gesloten. Het gaat niet om een limitatieve opsomming die overeenkomsten van onbepaalde duur zou uitsluiten (Brussel 25 april 1952, *TBH* 1952, 285).

<sup>1675</sup> Vgl. M. BAUER, “Technologie-Transfer-Verträge – Struktur und typische Probleme” in F. NICKLISCH (ed.), *The Complex Long-Term Contract*, Heidelberg, F. Müller, 1987, (207) 214-215.



immers een aanzienlijke hypotheek op de effectiviteit van de geheimhoudingsplicht en het nut dat de meester van het geheim er uit kan halen<sup>1676</sup>. *Ad nutum* opzegbaarheid van de geheimhoudingsplicht door de geïmpliciteerde riskeert deze prestatie uit te hollen. De opzegbaarheid van een geheimhoudingsafspraken zal daarom vaak beperkt blijven tot het *disclosure window*, terwijl de eigenlijke geheimhoudingsplicht bestemd is om voor een bepaalde duur door te lopen. Het gevaar bestaat echter dat (gelet op de klassieke visie over de onbepaalde duur en de eenzijdige opzegbaarheid daarvan) de afwezigheid, onduidelijkheid, gebrekkigheid of buitensporigheid van afspraken over de geheimhoudingsduur een (her)kwalificatie van de geheimhoudingsplicht als van onbepaalde duur uitlokt. Deze onbepaaldheid impliceert de aanwezigheid van een opzeggingsrecht. Dit vormt een ernstige bedreiging voor de duurzaamheid van de bescherming voor de geheime informatie. Daarom moet worden nagegaan hoe deze duurzaamheid zou kunnen worden gemaximaliseerd in aanwezigheid van een opzeggingsrecht.

#### 4.6 Opzegging van verbintenissen van (on)bepaalde duur

##### **485. Duurzaamheid van geheimhoudingsplichten van onbepaalde duur.**

Geheimhoudingsplichten van onbepaalde duur zijn principieel te allen tijde opzegbaar. Geheimhoudingsplichten van bepaalde duur zijn daarentegen alleen opzegbaar indien de partijen dit hebben bedongen. Het hoeft geen betoog dat een opzegmogelijkheid in conflict komt met de nood aan een duurzame bescherming van de vertrouwelijke informatie. Een discretionair opzeggingsrecht staat immers haaks op de effectiviteit van de geheimhoudingsplicht. In geval van twijfel ligt het dan ook eerder voor de hand dat de partijen een geheimhoudingsplicht van bepaalde duur hebben gewenst, ook al hebben zij dit niet uitdrukkelijk gestipuleerd. Naargelang de omschrijving van de noties bepaalde en onbepaalde duur zal het echter niet steeds mogelijk zijn om de kwalificatie van een geheimhoudingsplicht als onbepaalde duur te vermijden. Zo kan een geheimhoudingsplicht van onbepaalde duur zijn indien niet (objectief of subjectief) vaststaat dat het geheime karakter van de informatie voorbestemd is om vroeg of laat te verdwijnen.

**486. Duurzaamheid van geheimhoudingsplichten als accessorium bij een contractuele relatie van onbepaalde duur.** Daarnaast rijst de vraag of er een verschil is in duurzaamheid tussen een geheimhoudingsplicht van onbepaalde duur en een geheimhoudingsplicht als *accessorium* van een contractuele relatie van onbepaalde duur. Bovendien moet worden nagegaan of de partijen de duur van een accessoire geheimhoudingsplicht deels kunnen laten afhangen van de duur van de contractuele basisverhouding (bv. tot vijf jaar na de beëindiging van de contractuele relatie – cf. *supra* randnr. 482 i.v.m. de gefaseerde tijdsbepalingen). De partijen doen dit immers niet met de bedoeling om het eenzijdige opzeggingsrecht ten aanzien van de contractuele basisverhouding uit te breiden naar de geheimhoudingsplicht, maar

---

<sup>1676</sup> De duur van de prestatie is namelijk fundamenteel voor het contractsevenwicht, gelet op het verschil in waarde tussen bijvoorbeeld een geheimhoudingsplicht die één dag en een geheimhoudingsplicht die jarenlang duurt.

slechts om de duur van deze geheimhoudingsplicht er onrechtstreeks door te laten afbakenen.

#### 4.6.1 Definitie van het opzeggingsrecht

**487. Eenzijdige wilsuiking.** De opzegging is een eenzijdige wilsuiking die uitgaat van een bevoegde persoon en die erop gericht is om de werking van een contractueel bestanddeel *ex nunc* te beëindigen<sup>1677</sup>. De mededeling van een loutere intentie tot beëindiging is nog geen opzegging<sup>1678</sup>, net zomin als een opzegging ten bewarende titel<sup>1679</sup> of een voorwaardelijke opzegging<sup>1680</sup>. De beslissing moet definitief zijn<sup>1681</sup>. Het opzeggingsrecht kan voortvloeien uit de wet (*sensu stricto*), de overeenkomst, het gebruik<sup>1682</sup> of een algemeen rechtsbeginsel.

**488. Mededeling van de wilsuiking.** Het loutere bestaan van een wil volstaat niet opdat de opzegging rechtsgevolgen zou teweegbrengen. De opzegging is een zogenaamde *acte unilatéral réceptive*<sup>1683</sup> (m.a.w. een eenzijdige,

---

<sup>1677</sup> Zie over de definitie van de notie opzegging: S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, 51, nr. 18 en de verwijzingen aldaar (“de rechtshandeling, door eenzijdige wilsverklaring van één partij of door de wilsovereenstemming van alle partijen, waarmee voor de toekomst een einde wordt gemaakt aan de overeenkomst die partijen hadden afgesloten”).

<sup>1678</sup> Vgl. Arbh. Brussel 24 oktober 1997, *Or.* 1998, 3 (weergave); Arbh. Antwerpen 26 oktober 1994, *RW* 1995-96, 369 (een arbeidsovereenkomst is pas beëindigd door de werkgever indien hij zijn voornemen tot wijziging van een essentieel element ervan ook effectief uitvoert); Arbh. Brussel 15 maart 1989, *TSR* 1989, 314 (weergave); Arbh. Brussel 10 januari 1989, *Soc. Kron.* 1992 (weergave), 80 (bij gebrek aan definitieve beslissing is het voorbarig om de beëindiging in te roepen). De toekenning van een bedenktijd om een nieuwe overeenkomst te sluiten kan de gevolgen van een ongeldige verbreking eveneens uitstellen (Cass. 24 april 1977, *Pas.* 1977, I, 874).

<sup>1679</sup> Cass. 16 april 1976, *JTT* 1976, 349; Arbh. Bergen 28 oktober 1985, *JTT* 1986, 296; Arbh. Brussel 29 november 1977, *JTT* 1978, 178.

<sup>1680</sup> Arbh. Brussel 29 november 1977, *JTT* 1978, 178 (tenzij wanneer de verwezenlijking van de voorwaarde afhangt van, *in casu*, “la seule volonté de l’employé”). In dezelfde zin: J.F.M. STRIJBOS, 70-71 (deze auteur is tegen de voorwaardelijke opzegging, behoudens aanvaarding van dit voorwaardelijke karakter door de medecontractant, omdat dit de verantwoordelijkheid tot kennisname van de realisatie van de voorwaardelijke gebeurtenis op de schouders van de opgezegde partij zou leggen, terwijl de opzeggende partij evenzeer een gewone opzegging kan medelen indien de geviseerde onzekere gebeurtenis effectief plaatsgrijpt). Y. CHEMINADE, “Une question toujours actuelle: la nature juridique du congé en matière de louage de choses et de service”, *RTD Civ.* 1972, (307) 324, nr. 37. Zie tevens Cass. 12 september 1988, *Arr. Cass.* 1988-89, 47 (hier stelt het Hof in het raam van een arbeidsovereenkomst dat het ontslag niet eenzijdig kan worden herroepen, zelfs niet indien de partij die de beslissing neemt deze koppelt aan een voorwaarde waarvan de vervulling niet van haar wil afhangt); Arbh. Gent 24 september 2001, *JTT* 2002, 82.

<sup>1681</sup> Gent 29 juni 2007, *T. Aann.* 2007, 376; Arbh. Luik 1 oktober 1984, *JTT* 1985, 293; Arbh. Brussel 29 november 1977, *JTT* 1978, 178. Zie wel Arbrb. Brussel 8 september 1982, *JTT* 1984, 209, noot (het procédé waarbij kennis wordt gegeven van een opzegging die een aanvangsdatum bepaalt, maar slechts een duur van de opzegtermijn voorstelt met het oog op het aanknopen van onderhandelingen over deze termijn, is geldig. Deze kennisgeving is niet onherroepelijk bij gebrek aan akkoord van de werknemer met de voorgestelde termijn. De werkgever kan zijn voorstel intrekken en een ander indienen).

<sup>1682</sup> H. DE PAGE, II, 1964, 731, nr. 763 B.

<sup>1683</sup> Cass. 11 mei 1981, *Pas.* 1981, I, 1040; Rb. Luik 9 november 1978, *JL* 1979, 259; Vred. Lennik 10 juni 2002, *Huur* 2003, 63; Frankrijk: J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L’acte juridique unilatéral. Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Parijs, Sirey, 1951, 175, nr. 181; Ch. MOULY, *Les causes d’extinction du cautionnement in Bibliothèque de droit de l’entreprise*, Parijs, Librairies Techniques, 1979, 374-375; België: P. WERY, “L’acte unilatéral destiné à mettre fin à une convention en l’absence de faute de l’autre partie”, (255) 275, nr. 16; D. PHILIPPE en C. RUWET, “Les clauses mettant fin au

mededelingsplichtige rechtshandeling). Dit zijn rechtshandelingen waarbij de kennisgeving aan één of meerdere betrokkenen een bijkomend constitutief element is. De kennisgevingsvereiste mag niet worden verward met een vereiste tot aanvaarding van de rechtshandeling door de bestemming<sup>1684</sup>. Een aanvaarding is per definitie niet vereist (al vergemakkelijkt zij wel de bewijsvoering)<sup>1685</sup>. De opzegging blijft als *acte réceptice* immers nog steeds een eenzijdige rechtshandeling<sup>1686</sup>. De geadresseerde kan de opzegging dan ook niet weigeren of eenzijdig aanpassen<sup>1687</sup> (de tegenopzegging is een zelfstandige rechtshandeling – *infra* randnr. 492). De kennisgeving moet gericht zijn aan de personen (of hun vertegenwoordigers<sup>1688</sup>) wiens rechtspositie rechtstreeks wordt beïnvloed door de rechtsgevolgen van de opzegging<sup>1689</sup>. *In casu* gaat het om de medecontractant(en) van de opzeggende partij<sup>1690</sup>. Het volstaat dat de geadresseerde een redelijke mogelijkheid tot kennisname heeft<sup>1691</sup> gelet op de bewijsproblemen die gepaard gaan met het aantonen van een werkelijke kennisname<sup>1692</sup>. De opzegging is onherroepelijk zodra de geadresseerde op de hoogte is gebracht van de wil tot beëindiging<sup>1693</sup>. Pas vanaf dan kan zij effect

---

contrat” in *Les Grandes clauses des contrats internationaux*, Brussel, Bruylant, 2005, (235) 239, nr. 2.3; Th. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, 18, nr. 9; S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, 52, nr. 18; R. STRUBBE, “De voorzitter in kort geding en de eenzijdige opzegging wegens grove tekortkomingen in de naleving van de concessieovereenkomsten” (noot onder Antwerpen 19 augustus 1987), *RW* 1988-89, 752, nr. 1; R. VAN RANSBEECK, “De opzegging”, *RW* 1995-96, (345) 347; B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen in Recht en onderneming*, Brugge, die Keure, 2005, 10, nr. 19.

<sup>1684</sup> A. ROBERT, “La protection contre la rupture dans les contrats à durée indéterminée par la théorie du congé et du préavis” in P. DURAND (ed.), *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, Parijs, Pichon & Durand Auzias, 1960, (37) 48-49, nr. 14; Ch. MOULY, *Les causes d’extinction du cautionnement*, 369-370.

<sup>1685</sup> Y. CHEMINADE, *RTD Civ.* 1972, (307) 315, nr. 16.

<sup>1686</sup> Cf. de bedenkingen bij R. ENCINAS DE MUNAGORRI, 92-95, nr. 84-88.

<sup>1687</sup> Cass. 10 december 1975, *Arr. Cass.* 1976, 447.

<sup>1688</sup> Vred. St.-Truiden 17 december 2002, *RW* 2004-05, 1276; A. ROBERT, “La protection contre la rupture dans les contrats à durée indéterminée par la théorie du congé et du préavis” (37) 49, nr. 14.

<sup>1689</sup> Y. CHEMINADE, *RTD Civ.* 1972, (307) 316, nr. 20.

<sup>1690</sup> Arbh. Brussel 12 februari 1990, *JTT* 1990, 341; Kh. Hasselt 12 december 1997, *TBBR* 1998, 66; cf. J. MARTIN DE LA MOUTTE, 175, nr. 181 en 190, nr. 198; H. DE PAGE, II, 730, nr. 763 B (wat het principe van de kennisgeving betreft); Th. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, 18, nr. 9 en 127-129, nr. 107; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, 56, nr. 14; S. STIJNS, *TBH* 1996, (102) 133, nr. 36.

<sup>1691</sup> België: Antwerpen 9 februari 2005, *RW* 2006-07, 1318; vgl. Pol. Charleroi 28 februari 2001, *T. Verz.* 2001, 741. Zie tevens Cass. 11 mei 1981, *Pas.* 1981, I, 1040; P. VAN OMMESLAGHE, *RCJB* 1988, (33) 37, nr. 147; vgl. Th. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, 222, nr. 185; Zie tevens de visie van J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L’acte juridique unilatéral. Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, 194-196, nrs. 204-205; A. ROBERT, “La protection contre la rupture dans les contrats à durée indéterminée par la théorie du congé et du préavis”, (37) 50, nr. 15.

<sup>1692</sup> Vred. St.-Truiden 17 december 2002, *RW* 2004-05, 1276. Zie impliciet Cass. 17 januari 2001, *Arr. Cass.* 2001, 96 (de geadresseerde moet in staat worden gesteld om kennis te nemen in overeenstemming met de modaliteiten van art. 29, §2 van de wet van 25 juni 1992). J. MARTIN DE LA MOUTTE, 194-196, nr. 203-204 (deze auteur stelt dat eigenlijk een effectieve kennisname vereist is, maar dat dit kan worden vermoed van zodra de eenzijdige rechtshandeling aankomt bij de bestemming); S. STIJNS, *TBH* 1996, (102) 133, nr. 36 (redelijke mogelijkheid tot kennisname van de beslissing tot opzegging volstaat); W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, acco, 2001, 168; P. WERY, “Vue d’ensemble sur les clauses d’extinction des contrats”, 26, nr. 18; *RPDB*, v° Bail en général, nr. 456.

<sup>1693</sup> Cass. 7 juni 1993, *Arr. Cass.* 1993, 565, concl. DE SWAEF; Cass. 12 september 1988, *Arr. Cass.* 1988-89, 47; Gent 29 juni 2007, *T. Aann.* 2007, 376; Arbh. Brussel 29 november 1977, *JTT* 1978, 178

hebben<sup>1694</sup>. Vóór dit tijdstip kan de opzegging nog worden ingetrokken<sup>1695</sup>. Zij komt immers, gelet op haar statuut als *acte réceptice*, pas definitief tot stand op het moment van de mededeling.

De kennisgeving van de wil tot beëindiging gebeurt in principe vormvrij<sup>1696</sup>, al is zij best schriftelijk vanuit bewijsoverwegingen (cf. art. 1341 BW in burgerlijke zaken). Behoudens andersluidende wettelijke -of contractuele- bepalingen is de wilsuiting niet onderworpen aan bijzondere formaliteiten<sup>1697</sup>. De wil tot beëindiging kan zowel blijken uit een uitdrukkelijke handeling als uit een omstandig stilzwijgen<sup>1698</sup>. Zij kan zelfs blijken uit een wanprestatie<sup>1699</sup>, doch zonder dat dit *ipso facto* het geval mag worden geacht<sup>1700</sup>. De feitenrechter oordeelt soeverein over de vraag of een wanprestatie resulteert in een wilsuiting om de contractuele relatie te beëindigen<sup>1701</sup>.

---

(“lorsqu’un préavis est notifié, la partie qui l’a donné ne peut y revenir et le prolonger unilatéralement”); Rb. Gent 29 oktober 2004, *NjW* 2005, 456; Kh. Hasselt 12 december 1997, *TBBR* 1998, 66; Arbrb. Verviers 7 oktober 1998, *JTT* 1999, 245; Arbrb. Gent 14 april 1980, *TSR* 1980, 448; Vred. St.-Truiden 17 december 2002, *RW* 2004-05, 1276; Vgl. Cass. 25 maart 1976, *Arr. Cass.* 1976, 863-864 (het recht op vergoeding dat voortvloeit uit de eenzijdige verbreking ontstaat en wordt bepaald vanaf de kennisgeving van de wil tot verbreking door één der partijen, zelfs wanneer deze nog zekere gevolgen zou hebben tot het verstrijken van de opzeggingstermijn). P. VAN OMMESLAGHE, *RCJB*, 1988, (33) 37, nr. 147; L. CORNELIS, “De duur van het contract met opeenvolgende prestaties”, (39) 60, 16; R. VAN RANSBEECK, *RW* 1995-96, (345) 347, nr. 17; B. TILLEMANS, 51, nr. 51. Dit geldt weliswaar onder het voorbehoud dat zij werd gesteld door een daartoe bekwame persoon (cf. Th. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, 124, nr. 103).

<sup>1694</sup> Cf. Cass. 16 september 1965, *JT* 1966, 77; G. BRICMONT, *La résiliation unilatérale des concessions de vente*, Brussel, Larcier, 1972, 61. C. DELFORGE, “L’unilatéralisme et la fin du contrat”, (77) 111, nr. 74; P.A. FORIERS, “Exposé introductif: acte unilatéral et contrat, constatations et réflexions” in *La volonté unilatérale dans le contrat*, Brussel, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 2008, (5) 12-13, nr. 6. Bepaalde rechtsleer betwist dit tijdstip van inwerkingtreding en stelt dat de opzegging onmiddellijk gevolgen sorteert (Th. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, 222, nr. 185). Die visie leidt echter tot onbillijke resultaten omdat het tijdsverloop tussen de beslissing en de mededeling van de beslissing de opzegtermijn van de overeenkomst inkort ten nadele van de opgezegde partij (R. VAN RANSBEECK, “De opzegging”, *RW* 1995-96, (345) 354).

<sup>1695</sup> P.A. FORIERS, “Exposé introductif: acte unilatéral et contrat, constatations et réflexions”, (5) 13, nr. 6.

<sup>1696</sup> Bergen 20 december 1999, *AJT* 2000-01, 226; Vred. Lennik 10 juni 2002, *Huur* 2003, 63; P. WERY, “L’acte unilatéral destiné à mettre fin à une convention en l’absence de faute de l’autre partie”, (255) 276, nr. 17.

<sup>1697</sup> Kh. Dendermonde 10 mei 2007, *T. Aann.* 2007, 368. Zie bv. betreffende het ontslag bij een arbeidsovereenkomst: Cass. 25 april 2005, *JTT* 2005, 381; Cass. 12 oktober 1998, *Arr. Cass.* 1998, 438; Cass. 6 januari 1997, *Arr. Cass.* 1997, 25. R. VAN RANSBEECK, “De opzegging”, *RW* 1995-96, (345) 353; zie voor Frankrijk o.a. I. NAJJAR, *Le droit d’option in Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 1967, 297.

<sup>1698</sup> Arbh. Bergen 5 december 1996, *Inf. Soc. Secr.* 1988, afl. 4 (stilzwijgende wilsuiting); Bergen 4 maart 1975, *TBH* 1975, 245; Kh. Brussel 18 oktober 1977, *TBH* 1978, 200; Vred. Jumet 26 september 1994, *JT* 1995, 285; J. MARTIN DE LA MOUTTE, 178, nr. 184 b); P. WERY, “L’acte unilatéral destiné à mettre fin à une convention en l’absence de faute de l’autre partie”, (255) 276, nr. 17; P. VAN OMMESLAGHE, *RCJB* 1988, (33) 37, nr. 147.

<sup>1699</sup> Arbh. Brussel 12 februari 1990, *Rechtspr. Arb. Br.* 1990, 155; Rb. Gent 11 april 1994, *Intern. Vervoerr.* 1994, 328; Kh. Mechelen (tijdelijke kamer) 13 december 2001, *T. Aann.* 2002, 191; Th. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, 128, nr. 107; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, 54, nr. 13.

<sup>1700</sup> Niet elke contractuele fout vertaalt zich in een wil tot verbreking: Cass. 18 december 2000, *Arr. Cass.* 2000, 2029; Cass. 23 juni 1997, *Arr. Cass.* 1997, 691; Cass. 10 februari 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 533; Cass. 4 februari 1991, *Arr. Cass.* 1990-91, 604; Cass. 13 mei 1991, *Soc. Kron.* 1992, 52; Cass. 18 november 1991, *Soc. Kron.* 1992, 260 (weergave); Cass. 15 december 1988, *JTT* 1989, 125, noot;

De geldigheid van de opzegging kan bovendien onderworpen zijn aan wettelijke of contractuele formaliteiten<sup>1702</sup>. De miskenning van deze formaliteiten leidt niet noodzakelijk tot de nietigheid van de opzegbeslissing als dusdanig. Het is mogelijk dat de relatie nog steeds wordt beëindigd, maar dan slechts op onrechtmatige wijze. Zo is in arbeidszaken alleen de kennisgeving van de beslissing aan formaliteiten onderworpen, niet de wil tot beslissing tot beëindiging als dusdanig. Het gevolg daarvan is dat de miskenning van deze formaliteiten slechts de relatieve nietigheid met zich meebrengt van de wijze waarop de beëindiging gebeurde<sup>1703</sup>. De achterliggende wil tot ontslag blijft geldig<sup>1704</sup> zodat het feit van de beëindiging niet in het gedrang komt. De ongeldige verbreking wordt in deze hypothese geacht onmiddellijk -zij het op ongeldige wijze- in te gaan, zelfs al ging zij gepaard met de toekenning van een opzegtermijn<sup>1705</sup>. Het is daarnaast mogelijk dat de inwerkingtreding van een ontijdige opzegging wordt uitgesteld naar een op dwingende wijze voorgeschreven voorziene datum<sup>1706</sup>. De opzeggingswil heeft ten slotte niet steeds voorrang op de te vervullen formaliteiten. De wetgever kan voorzien in formaliteiten die daadwerkelijk moeten worden nageleefd vooraleer de opzegging uitwerking krijgt<sup>1707</sup>. Ook de partijen kunnen de uitoefening van hun opzeggingsrecht

---

Cass. 27 oktober 1986, *Arr. Cass.* 1985-86, 671; Cass. 13 januari 1986, *Arr. Cass.* 1985-86, 671; Cass. 26 maart 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, 973; Cass. 21 november 1983, *Arr. Cass.* 1983-84, 330; Gent 1 februari 1996, *V&F* 1998, 273 (een opschorting van de uitvoering is geen verbreking); Arbh. Brussel 9 juni 2000, *AJT* 2000-01, 70; Arbh. Brussel 7 maart 1997, *RW* 1997-98, 128; Arbh. Antwerpen 19 februari 1993, *RW* 1993-94, 680; Arbh. Brussel 6 januari 1993, *JTT* 1993, 144 (verkort); Arbh. Brussel 25 november 1991, *TSR* 1992, 231 (weergave), noot; Arbh. Brussel 7 november 1990, *TSR* 1991, 237 (weergave); Arbh. Antwerpen 13 april 1989, *TSR* 1989, 288; Voorz. Arbrb. Brussel 8 september 2000, *Soc. Kron.* 2006, 42, noot; Kh. Gent 28 april 2003, *TGR* 2003, 256 (het negeren van een exclusiviteitsbeding is niet te beschouwen als een eenzijdige verbreking, doch enkel als een wanprestatie op grond waarvan de overeenkomst kan worden ontbonden).

<sup>1701</sup> Cass. 22 oktober 1998, *TBH* 1999, 262 (beëindiging concessie van alleenverkoop – de wil tot beëindiging hoeft niet noodzakelijk te worden afgeleid uit een aanzienlijke wijziging van een essentieel element van de contractuele verhouding); Cass. 26 februari 1990, *Soc. Kron.* 1990, 273 (weergave). Zie tevens Cass. 12 december 1988, *Soc. Kron.* 1989, 129, noot en Cass. 27 juni 1988, *Arr. Cass.* 1987-88, 1423.

<sup>1702</sup> Arbh. Bergen 16 december 2003, *JTT* 2005, 7 (onrechtmatige beëindiging wegens nalaten tijdig ondertekenen van een transfertattest); Bergen 20 december 1999, *AJT* 2000-01, 226.

<sup>1703</sup> Cass. 11 mei 1981, *RW* 1981-82, 2837 en *JTT* 1981, 356 (ontslag); Cass. 6 januari 1997, *Arr. Cass.* 1997, 25 (ontslag); Cass. 28 januari 2002 *Arr. Cass.* 2002, 263, concl. J. LECLERCQ (er is onmiddellijke beëindiging, maar de partijen kunnen op basis van de wilsautonomie gezamenlijk beslissen een ontslag als niet-bestaande te beschouwen); Cass. 25 april 2005 *JTT* 2005, 381; Vred. St.-Truiden 17 december 2002, *RW* 2004-05, 1276; L. CORNELIS, “De duur van het contract met opeenvolgende prestaties”, (39) 54, nr. 13.

<sup>1704</sup> Cass. 28 januari 2008, AR S.07.0097.N, [www.juridat.be](http://www.juridat.be); Cass. 26 september 1973, *Arr. Cass.* 1974, 96; Cass. 14 december 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 1432. R. VAN RANSBEECK, “De opzegging”, *RW* 1995-96, (345) 359 (deze auteur sluit zich aan bij het principe).

<sup>1705</sup> Cass. 26 september 1973, *Arr. Cass.* 1974, 96; Cass. 25 maart 1976, *Arr. Cass.* 1976, 863; Cass. 23 maart 1981, *Arr. Cass.* 1980-81, 817; Cass. 25 april 2005 *JTT* 2005, 381 en Cass. 11 april 2005, *JTT* 2005, 382. De voortzetting van de overeenkomst na de beëindiging kan niettemin leiden tot een afstand van het recht om zich op de beëindiging van de overeenkomst te beroepen. Zie uitgebreid T. BECKERS en G. DE MAESENEIRE, “Arbeidsprestaties na beëindiging arbeidsovereenkomst”, *NjW* 2005, 1010-1024; Cass. 25 april 2005 *JTT* 2005, 381.

<sup>1706</sup> Cass. 23 september 1943, *Pas.* 1943, 353; Vred. Wolvertem 6 juni 1996, *RW* 1997-98, 307. Zie tevens Vred. Marchienne-au-Pont 24 juli 1992, *T. Vred.* 1993, 55.

<sup>1707</sup> Cass. 17 januari 2001, *Arr. Cass.* 2001, 96 (art. 29 Wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst, *BS* 20 augustus 1992).

onderwerpen aan dwingende formaliteiten<sup>1708</sup> voor zover dit de vrijheid van de partijen niet uitholt, maar de miskennis van deze formaliteiten is volgens de heersende visie slechts een grond tot schadevergoeding (*infra* randnr. 521).

De mededeling van de opzegging hoeft in beginsel geen motivering te bevatten<sup>1709</sup>, al kan het gebrek daaraan onder omstandigheden strijdig zijn met de goede trouw en daardoor resulteren in rechtsmisbruik<sup>1710</sup>. Bijzondere wetsbepalingen of contractuele afspraken kunnen ook een motiveringsplicht opleggen<sup>1711</sup>.

**489. Potestatieve karakter van het opzeggingsrecht.** De mogelijkheid tot opzegging van een relatie van bepaalde of onbepaalde duur is een potestatief recht dat wordt uitgeoefend in de vorm van een partijbeslissing<sup>1712</sup>. De partijbeslissing is een rechtshandeling waarbij één van de partijen de inhoud van de rechten en plichten van een andere partij eenzijdig vastlegt of wijzigt<sup>1713</sup>. Dit heeft tot gevolg dat de medecontractant zowel de opzeggingsbeslissing als de concrete modaliteiten daarvan slechts kan ondergaan. Noch de beslissing tot eenzijdige opzegging, noch de manier waarop dat gebeurt zijn in beginsel onrechtmatig. Het opzeggingsrecht is echter geen discretionair recht in de zin dat haar uitoefening op geen enkele wijze vatbaar zou zijn voor rechtsmisbruik<sup>1714</sup>. Zij vloeit voort uit de overeenkomst of uit specifieke

---

<sup>1708</sup> Vgl. H. De Decker, “De ‘subjectieve plechtige rechtshandeling: onbekend maakt onbemind?’” in *Liber Amicorum Christian De Wulf*, Brugge, die Keure, 2003, 443-444, nr. 7.

<sup>1709</sup> HvJ C-125/05, 7 september 2006, *Vulcan Silkeborg v. Skandinavisk Motor Co.*; Antwerpen 30 juni 2005, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 2005, 789, noot H. DE BAUW; Brussel 25 januari 2002, *JLMB* 2003, 952; Bergen 16 oktober 1984, *TBH* 1985, 636, noot C. PARMENTIER; Voorz. Rb. Hasselt 14 september 1999, *RW* 2000-01, 244; Vred. Moeskroen 29 september 1997, *T. Vred.* 2000, 285; zie tevens Cass. 15 januari 1975, *Arr. Cass.* 1975, 542; Gent 4 juni 2008, *NjW* 2008, 83; P. WERY, “L’acte unilatéral destiné à mettre fin à une convention en l’absence de faute de l’autre partie”, (255) 275, nr. 16. Frankrijk: S. VALORY, 470, nr. 833 *et seq.*

<sup>1710</sup> Voorz. Kh. Turnhout 10 juli 1996, *TBH* 1997, 765, noot.

<sup>1711</sup> Voorz. Kh. Gent 31 januari 1991, *TBH* 1992, 984, noot.

<sup>1712</sup> Antwerpen 25 oktober 2001, *RW* 2002-03, 586 (de opzegmogelijkheid is een partijbeslissing waarover de rechter een marginaal toetsingsrecht uitoefent); Antwerpen 28 juni 2001, *TBBR* 2002, 390; Voorz. Rb. Kortrijk 26 mei 1997, *RW* 1997-98, 617; Rb. Hasselt 23 mei 2002, *TBBR* 2004, 228 (op basis van art. 1794 BW); Arbitrale beslissing 10 december 2003, *T. Gez.* 2005-06, 104 (m.b.t. uitdrukkelijk ontbindend beding); M.E. STORME, “De bepaling van het voorwerp van een verbintenis bij partijbeslissing”, *TPR* 1988, (1259) 1260 (“Ons recht kent vele omstandigheden waarin rechtsbetrekkingen nader bepaald worden door de éénzijdige beslissing van één der daarbij betrokken partijen. Die noemen we een partijbeslissing [...]. Ook de opzegging van een overeenkomst van onbepaalde duur (of van bepaalde duur met opzeggingsmogelijkheid) dient als een partijbeslissing te worden beschouwd”); P. WERY, “‘Partijbeslissing’ et règlement d’un concours” (noot onder Luik 11 juni 1996), *JLMB* 1997, 1525, nr. 3; K. VANDERSCHOT, “De sanctionering van abusieve partijbeslissingen genomen bij contractuele wanprestatie: de verschillende gedaantes van de matigende werking van de goede trouw”, *TBBR* 2005, (87) 89; P.A. FORIERS, “Pacta sunt servanda” in *Tendensen in het bedrijfsrecht – de eenzijdige wijziging van het contract*, Brussel, Bruylant, 2003, (3) 31, nr. 28; A. VAN OEVELEN, *RW* 2003-04, (1081) 1084, nr. 6; R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak (1981-1992) - Verbintenissen”, *TPR* 1994, (171) 598, nr. 297.

<sup>1713</sup> J. RONSE, “Marginale toetsing in het privaatrecht”, *TPR* 1977, (207) 212. S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, 484, nr. 352 (voor de ontbinding). Zie tevens de in voorgaande voetnoot aangehaalde verwijzingen.

<sup>1714</sup> Zo aanvaardt de Franse rechtspraak en rechtsleer dat de uitoefening van het opzeggingsrecht niet volstrekt discretionair is (L. CADIET en P. LE TOURNEAU, “Abus de droit”, *Encycl. Dalloz*, 2002, nrs. 93-100; J. GHESTIN, C. JAMIN en M. BILLIAU, 2001, 329-333, nr. 274). Ook de Belgische rechtspraak

wettelijke bepalingen<sup>1715</sup>. Partijen kunnen de beslissingsbevoegdheid die uit deze grondslagen voortvloeit te buiten gaan. De uitoefening van het opzeggingsrecht blijft door haar contractuele aard immers minstens onderworpen aan de gemeenrechtelijke verplichting om de overeenkomst te goeder trouw uit te voeren<sup>1716</sup>. Het opzeggingsrecht blijft daardoor vatbaar voor rechtsmisbruik<sup>1717</sup>. Het potestatieve karakter van de opzegging is geen vrijgeleide voor het gedrag van de opzeggende partij. De beslissing mag daarom niet volstrekt arbitrair worden genomen. De opzeggende partij moet zich rekenschap geven van de belangen van haar medecontractant. In beginsel moet een opzegbeslissing echter niet worden gemotiveerd omdat deze bevoegdheid kadert in de uitoefening van een eigen recht.

Het postestatieve karakter van het opzeggingsrecht betekent dat de opzegging een (keuze)recht is in plaats van een sanctie<sup>1718</sup>, ook al kan de opzegging in de praktijk gebeuren als straf voor het gedrag van de medecontractant. De rechter kan de opzegging daarom in beginsel<sup>1719</sup> niet rechtstreeks opleggen als beëindigingswijze. Hij kan uitsluitend het bestaan en de geldigheid ervan beoordelen en desgevallend de gevolgen van deze rechtshandeling (het gebrek aan het stellen van) matigen. Een

---

en rechtsleer aanvaardt unaniem dat het opzeggingsrecht vatbaar is voor rechtsmisbruik en kan leiden tot een matiging, zij het dat dit volgens de meerderheidsopvatting uitsluitend bij equivalent en niet in natura kan gebeuren (*cf. infra* randnr. 495 *et seq.*). Zie tevens over het “functionele” en dus niet volstrekt discretionaire aspect van het opzeggingsrecht: L. CORNELIS, “Onderzoek naar de principiële grondslag van het misbruik van ontslagrecht in het kader van de arbeidsovereenkomst voor bedienden” in M. RIGAUX (ed.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, I, Antwerpen, Kluwer, (79) 96-97.

<sup>1715</sup> Rb. Hasselt 23 mei 2002, *TBBR* 2004, 228 (art. 1794 BW); Vred. Westerlo 3 december 1999, *T. Vred.* 2001, 30.

<sup>1716</sup> Gent 4 juni 2007, *TGR-TWVR* 2007, 327; P. WERY, “‘Partijbeslissing’ et règlement d’un concours” (noot onder Luik 11 juni 1996), *JLMB* 1997, 1525, nr. 5.

<sup>1717</sup> Cass. 2 april 1936, *Pas.* 1936, I, 208; Antwerpen 4 februari 1980, *BRH* 1980, 456, noot; Antwerpen 3 maart 1998, *Limb. Rechtsl.* 1998, 114 (bevestiging van het principe); Gent 11 september 2002, *RABG* 2003, 663, noot B. VEECKMANS; Antwerpen 3 februari 2005, *TBBR* 2007, 387; Antwerpen 30 april 2001, *T. Gez.* 2002-03, 167; Brussel 21 december 2000, *TBH* 2000, 107; Bergen 20 december 1999, *AJT* 2000-01, 226; Luik 19 maart 1998, *TBH* 1999, 278; Antwerpen 28 oktober 1996, *AJT* 1996-97, 531; Luik 22 september 1983, *Pas.* 1984, II, 7 (geen rechtsmisbruik); Antwerpen 23 april 1979, *RW* 1979-80, 722; Brussel 23 juni 1953, *TBH* 1955, 276; Rb. Gent 15 november 2002, *NjW* 2003, 637, noot RS; Kh. Antwerpen 19 december 2000, *RHA* 2001, 260; Kh. Dendermonde 10 mei 2007, *T. Aann.* 2007, 368; Voorz. Kh. Turnhout 10 juli 1996, *TBH* 1997, 765, noot; Vred. Oudenaarde 21 december 1998, *T. App.* 2001, 26. Tevens: Gent 10 december 1997, *TBH* 1998, 267 (weergave); Luik 26 mei 2005, *DAOR* 2006, 308, noot D. MOUGENOT (stopzetting handelsrelatie); Voorz. Kh. Kortrijk 26 mei 1997, *RW* 1997-98, 617. Zie uitgebreid naar Frans recht: J. GUYENOT, “La rupture abusive des contrats a durée indéterminée” in P. DURAND (ed.), *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, Parijs, Pichon & Durand Auzias, 1960, 235-299; N. SAGUES, “La rupture unilatérale des contrats”, Parijs, LGDJ, 1937, 338 en 360.

<sup>1718</sup> Een opzegging vereist bijgevolg geen wanprestatie of ingebrekestelling (Voorz. Kh. Kortrijk 26 mei 1997, *RW* 1997-98, 617). Het gaat om een schuldloze vorm van beëindiging (Vred. Torhout 30 november 1999, *T. Huur* 2001, 143). Zie tevens: Cass. 15 september 2003, *Arr. Cass.* 2003, 1666, concl. J. LECLERCQ (een afzetting van een ziekenhuisgeneesheer is niet noodzakelijk een sanctie, zij kan ook worden opgelegd n.a.v. de niet-vernieuwing van een overeenkomst van bepaalde duur waarbij de medecontractant de contractueel bedongen opzegmodaliteiten heeft nageleefd); P.A. FORIERS, “Pacta sunt servanda” in *Tendensen in het bedrijfsrecht – de eenzijdige wijziging van het contract*, Brussel, Bruylant, 2003, (3) 31, nr. 28.

<sup>1719</sup> *Cf.* H., L., J. MAZEAUD en F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, II/1, 1991, 864 *et seq.* (deze auteurs stellen de principiële onmogelijkheid vast van de *résiliation judiciaire*, maar voeren tevens uitzonderingen aan en wijzen zelfs op het bestaan van gevallen waarin de rechter een *résiliation forcée*).

rechterlijke beslissing kan, in de context van een relatie van bepaalde duur, de opzegging wel op onrechtstreekse wijze uitlokken door vast te stellen dat de weigering van een verzoek tot wederzijdse herroeping neerkomt op rechtsmisbruik en zodanig moet worden gematigd dat toch een einddatum wordt vastgesteld voor de contractuele relatie.

**490. Onherroepelijk karakter van het opzeggingsrecht voor de opzeggende partij.** Een partijbeslissing is bindend voor beide partijen, dus óók voor de beslissingnemer. Een eenzijdige rechtshandeling kan niet zomaar eenzijdig worden aangepast door de persoon die ze heeft gesteld<sup>1720</sup>. Dit bindende karakter betekent dat zowel de keuze voor de opzegging als de manier waarop deze opzeg werd meegedeeld onherroepelijk is voor de partijbeslissers<sup>1721</sup>. Zo kan de weigering een verbreking ongedaan te maken volgens recente cassatierechtspraak niet resulteren in rechtsmisbruik<sup>1722</sup>. Deze beslissing zou wel nog kunnen resulteren in rechtsmisbruik in de vorm van contractweigering n.a.v. een voorstel tot sluiting van een nieuwe overeenkomst<sup>1723</sup>. Eens de beslissing genomen, ligt de bal in het kamp van de opgezegde medecontractant<sup>1724</sup>. Deze partij kan zich neerleggen bij de beslissing, overgaan tot een tegenopzegging met een kortere termijn (althans voor zover sprake is van een wederkerig opzeggingsrecht), terugkomen op de gevolgen van de partijbeslissing via een nieuwe wilsovereenstemming met de opzeggende partij<sup>1725</sup>, de geldigheid van de partijbeslissing aanvechten of trachten om deze beslissing te laten matigen wegens rechtsmisbruik.

<sup>1720</sup> Arbh. Brussel 29 november 1977, *JTT* 1978, 178 (“lorsqu’un préavis est notifié, la partie qui l’a donné ne peut y revenir et le prolonger unilatéralement”). I. NAJJAR, *Le droit d’option*, 315, nr. 307 et seq.; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, 808, nr. 625; C. CAUFFEMAN, “De verbindende eenzijdige belofte: een bron van gebondenheid in het Europese privaatrecht?”, *TBBR* 2006, (3) 25, nr. 65; C. VANACKERE, K. SWERTS en M.-A. VEGA LEON, “De eenzijdige wilsuitering” in *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2006, II.2-9, nr. 1124.

<sup>1721</sup> Cass. 2 juni 1966, *Pas.* 1966, I, 1254 (de werkgever mag de duur van de opzeggingstermijn nadien niet eenzijdig inkorten); Bergen 9 oktober 1989, *TBH* 1990, 682, noot P. KILESTE; Arbh. Antwerpen 16 mei 1995, *RW* 1995-96, 856, noot; Rb. Gent 29 oktober 2004, *NjW* 2005, 456; Rb. Luik 14 februari 2000, *Act. Jur. Baux* 2000, 69, noot; Kh. Verviers 23 januari 1998, *TBH* 1999, 712, noot J. BUYLE en M. DELIERNEUX; Voorz. Kh. Bergen 23 februari 1999, *TBH* 2000, 714, noot J. BUYLE en M. DELIERNEUX; Voorz. Kh. Turnhout 10 juli 1996, *TBH* 1997, 765, noot; Vred. Brussel (IIX) 21 april 1994, *T. Vred.* 1995, 157; Th. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, 124, nr. 103 en de verwijzingen in voetnoot 13; C. DELFORGE, “L’unilatéralisme et la fin du contrat”, (77) 112, nr. 76; S. STIJS, *TBH* 1996, (102) 152, nr. 60; Frankrijk: J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L’acte juridique unilatéral. Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, 311-316, nrs. 341-350; Y. CHEMINADE, *RTD Civ.* 1972, (307) 323, nr. 35. Vgl. J.F.M. STRIJBOS, 81-82.

<sup>1722</sup> Cass. 3 december 2007, *TBH* 2008, 288 (een eenzijdige verbreking van een overeenkomst brengt onherroepelijk het tenietgaan daarvan mee, zodat de partij van wie de verbreking uitgaat er niet van kan afzien en een weigering om de verbreking ongedaan te maken geen rechtsmisbruik kan zijn).

<sup>1723</sup> Zie wat het principe betreft: Voorz. Kh. Leuven 10 oktober 1995, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 1995, 840 (rechtmatige weigering); Voorz. Kh. Brussel 21 juni 1999, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 1999, 657 (rechtmatige weigering).

<sup>1724</sup> De beslissingnemer beschikt nog steeds over de mogelijkheid om een wilsgebrek aan te tonen, bijvoorbeeld dat hij de beslissing onder dwang heeft genomen.

<sup>1725</sup> Arbrb. Charleroi 14 september 1998, *Soc. Kron.* 1999, 15 (de betekening van een ontslag kan geschieden door middel van overhandiging van een C4-formulier en is definitief bij gebrek van akkoord van de wederpartij om de gevolgen ervan teniet te doen); Rb. Luik 9 november 1978, *JL* 1979, 259; P. WERY, (255) 277-278, nr. 18. Vgl. L. CORNELIS, “De duur van het contract met opeenvolgende prestaties”, (39) 60, nr. 16; Y. CHEMINADE, *RTD Civ.* 1972, (307) 324-325 nr. 38.



#### 4.6.2 Effect

**491. Opzegging werkt extinctief, maar niet retroactief.** De opzegging (evenals de uitdovende termijn) heeft een extinctief karakter. Zij dooft uit wat anders -niet noodzakelijk voor een onbeperkte duur- in werking zou zijn gebleven. Deze extinctieve werking vertaalt zich in een beëindiging van het opgezegde contractuele bestanddeel naar de toekomst toe<sup>1726</sup>, waardoor de uitgedoofde contractuele bestanddelen geen nieuwe rechtsgevolgen meer teweegbrengen. De opzegging biedt niet de mogelijkheid om eenzijdig terug te komen op een aangegane verbintenis via de retroactieve uitwissing ervan. Reeds tot stand gekomen rechten en plichten tussen de partijen blijven behouden. De beëindiging van de contractuele relatie heeft daarom geen invloed op de contractuele rechten en plichten die stammen uit de periode waarin de overeenkomst nog actief was<sup>1727</sup>.

De *ex nunc* werking van de opzegging is te verklaren door het feit dat deze beëindigingsvorm uitsluitend bestemd is om partijen toe te laten hun vrijheid te herwinnen door uit de contractuele relatie te stappen. Zij heeft niet tot doel om een gebrek in de geldigheidsvereisten van de overeenkomst af te straffen of om een wanprestatie van de medecontractant te herstellen<sup>1728</sup>. Hierdoor is het noch noodzakelijk, noch gerechtvaardigd dat de rechtsgevolgen van de overeenkomst *ex tunc* uit het rechtsverkeer zouden worden verwijderd<sup>1729</sup>.

**492. Effect van de opzegging bij een onbepaalde duur.** De uitdovende werking van de opzegging is bij een verhouding van onbepaalde duur alleen onmiddellijk indien de opzeggende partij dit wenst (desgevallend mits uitzondering van contractuele

---

<sup>1726</sup> België: Cass. 23 december 2005, *Pas.* 2005, 2634 (t.a.v. de herroeping in de zin van art. 1134 BW); Rb. Aarlen 18 december 2001, *Rec.gén.enr.not.* 2002, 505; Rb. Leuven 5 september 2000, *TBBR* 2002, 462, noot C. LEBON; H. DE PAGE, II, 726-727, nr. 759; R. DEKKERS, A. VERBEKE, N. CARETTE en K. VANHOVE, III, 98, nr. 187; Th. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, 13, nr. 3; zie tevens P. WERY, "Vue d'ensemble sur les clauses d'extinction des contrats" 34, nr. 25; Frankrijk: C. BLOUD-REY, 174, nr. 193 en 462-471, nrs. 542-553; C. CORGAS-BERNARD, *La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée*, 13-14, nr. 7. Deze eigenschap onderscheidt de opzegging van gronden tot beëindiging die een principieel retroactief karakter hebben, meer bepaald de ontbinding en de nietigheid. Er weze opgemerkt dat de retroactiviteit voor deze beëindigingsgronden een juridische fictie is die slechts geldt als uitgangspunt. Zij wordt niet steeds ten volle worden toegepast.

<sup>1727</sup> In die zin: C. BLOUD-REY, 198, nr. 216; N. SAGUES, *La rupture unilatérale des contrats*, 363. Zo tast de beëindiging *ad nutum* van een aannemingsovereenkomst voor een bepaald werk (voor het inroepen van deze wetsbepaling is het voldoende dat de prestatie bepaald is door haar voorwerp of een uitdrukkelijke tijdsbepaling - Rb. Hasselt 3 februari 2003, *RW* 2005-06, 747; Cass. 4 april 1980, *RCJB* 1981, 523, noot X. DIEUX). op basis van art. 1794 BW niet het recht van de opdrachtgever aan om schadevergoeding te vorderen voor de tot dan toe ondergane tekortkomingen en vertragingen. Deze vorm van verbreking tast evenmin het recht van de opdrachtgever aan om zich te beroepen op de aansprakelijkheid voor verborgen gebreken of de tienjarige aansprakelijkheid voor het reeds opgetrokken gedeelte van het bouwwerk. Deze schadeloosstelling mag in mindering worden gebracht van de te betalen onkosten- en winstvergoeding aan de aannemer (Antwerpen 13 november 2002, *NjW* 2003, 1041, noot WG).

<sup>1728</sup> De opzegging is m.a.w. in wezen vreemd aan de sanctiegedachte (S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, 53, nr. 19).

<sup>1729</sup> Cf. J. GHESTIN, C. JAMIN en M. BILLIAU, 2001, 322, nr. 267.

opzegmodaliteiten). Deze partij kan evenzeer beslissen om een opzegtermijn toe te kennen. De toekenning van een opzegtermijn heeft tot gevolg dat de overeenkomst enige tijd actief blijft na de mededeling van de opzegbeslissing. Aangezien de contractuele relatie nog niet wordt beëindigd door de toekenning van een opzegtermijn<sup>1730</sup>, blijven de contractuele verplichtingen onverkort van kracht tijdens deze periode<sup>1731</sup>. Pas na het verstrijken ervan hernemen de partijen hun vrijheid. De verbintenissen die uit de overeenkomst voortvloeien, blijven hierdoor tijdelijk van kracht, terwijl de postcontractuele verbintenissen nog niet in werking treden. Dit impliceert op zijn beurt dat de opgezegde relatie nog enige tijd vatbaar blijft voor een beëindiging volgens de normale regels van het verbintenissenrecht. De partijen kunnen hun verhouding tijdens de opzegtermijn nog *gezamenlijk herroepen* op basis van artikel 1134, 2<sup>de</sup> lid BW<sup>1732</sup>. Ook een *beëindiging wegens dringende reden*<sup>1733</sup> of een *ontbinding wegens wanprestatie*<sup>1734</sup> behoort nog tot de mogelijkheden.

De beslissing tot opzegging van de ene partij schakelt evenmin het *eenzijdige opzegrecht* van de andere partij(en) uit in de loop van de toegekende opzegtermijn<sup>1735</sup>. Een contractant die wordt geconfronteerd met een (geldige<sup>1736</sup>) opzegging behoudt dus het recht om de opgezegde relatie op zijn beurt, tijdens de toegekende opzegtermijn, op te zeggen met een kortere opzegtermijn<sup>1737</sup>. Deze tegenopzegging is een zelfstandige opzegging en geen reductie van de oorspronkelijke, door de

<sup>1730</sup> Cass. 25 november 1991 *Arr. Cass.* 1991-92, 270; Cass. 26 november 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, 348, concl. H. LENAERTS; Cass. 10 okt. 1977, *Arr. Cass.* 1978, 177; zie tevens J.F.M. STRIBOS, 70 en 110.

<sup>1731</sup> Cass. 25 april 1957, *Pas.* 1957, I, 1009; Cass. 6 april 1978, *Arr. Cass.* 1978, 898; Cass. 27 januari 1995, *AJT* 1995-96, 50, noot P. DE SMEDT; *Arr. Cass.* 1995, 90 en *Pas.* 1995, I, 89. (handelshuurovereenkomst); Cass. 10 oktober 1977, *RW* 1977-78, 2151; Cass. 14 april 2003, *Arr. Cass.* 2003, 996; Cass. 6 maart 2000, *Arr. Cass.* 2000, 519; Cass. 26 februari 2007, *JTT* 2007, 239, concl. J. LECLERCQ (de arbeidsovereenkomst blijft voortbestaan tijdens de opzeggingstermijn); Bergen 9 oktober 1989, *TBH* 1990, 682, noot P. KILESTE; H. DE PAGE, II, 1964, 731, nr. 763 B; R. DEKKERS, "De la rupture des contrats à durée illimitée" (noot onder Gent 16 januari 1956), *RCJB* 1957, (316) 321; Th. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, 163, nr. 145; L. DEMEYERE, "Rechtshandelingen ter beëindiging van overeenkomsten", (11) 24, nr. 19; C. DELFORGE, "L'unilatéralisme et la fin du contrat", (77) 119, nr. 99 (deze auteur maakt weliswaar alleen melding van schadevergoeding als remedie van een wanprestatie die wordt begaan tijdens de opzegtermijn); P. HORION, "Terme et clause d'essai", *TSR* 1958, (121) 125. Frankrijk: Y. CHEMINADE, *RTD Civ.* 1972, (307) 320, nr. 29; J. MESTRE, "Les contrats doivent être exécutés jusqu'à leur terme, y compris donc durant la période de préavis qui peut précéder leur cessation", *RTD Civ.* 1997, 931 en de verwijzingen naar de Franse rechtspraak aldaar.

<sup>1732</sup> Cass. 10 oktober 1977, *RW* 1977-78, 2151.

<sup>1733</sup> Cass. 26 februari 2007, *JTT* 2007, 239, concl. J. LECLERCQ; Bergen 12 oktober 1998, *JLMB* 1999, 511, noot M. WILLEMART (de aangevoerde reden werd *in casu* afgewezen); Wrr. Ber. Brugge 13 september 1968, *TSR* 1969, 17 (Het optekenen van fabricagegeheimen door een bediende tijdens de opzegging en in een afdeling waarin hij niet was tewerkgesteld, wettigt een onmiddellijke afdanking).

<sup>1734</sup> Bergen 9 oktober 1989, *TBH* 1990, 683, noot P. KILESTE; Brussel 6 oktober 1983, *JT* 1984, 134, noot L. VAN BUNNEN; Vred. Wolvertem 6 juni 1996, *RW* 1997-98, 309.

<sup>1735</sup> Zie Cass. 26 november 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, 348, concl. H. LENAERTS (arbeidsovereenkomst); Cass. 27 januari 1995, *AJT* 1995-96, 50, noot P. DE SMEDT, *Arr. Cass.* 1995, 90 en *Pas.* 1995, I, 89 (handelshuur); A. ROBERT, "La protection contre la rupture dans les contrats à durée indéterminée par la théorie du congé et du préavis", (37) 55, nr. 19.

<sup>1736</sup> Cf. Arbh. Luik 23 april 2002, *JTT* 2002, 422.

<sup>1737</sup> Dit geldt slechts voor zover deze partij over een dergelijk recht zou beschikken, wat in beginsel wel het geval is in de context van de onbepaalde duur en in beginsel niet het geval is in de context van de bepaalde duur.

medecontractant vastgestelde opzeggingstermijn<sup>1738</sup>. Zij resulteert evenmin in een wederzijdse herroeping. De beslissing tot tegenopzegging moet dan ook (behoudens andersluidende wettelijke bepalingen) voldoen aan dezelfde voorwaarden als een normale opzegging<sup>1739</sup> en zij kan op haar beurt resulteren in rechtsmisbruik.

De tegenopzegging is op het eerste gezicht niet verenigbaar met het potestatieve karakter van opzeggingsrechten. Heeft de oorspronkelijk opzeggende partij als partijbeslisser immers niet het recht om onherroepelijk de rechten en plichten in de contractuele relatie vast te stellen? Dit bezwaar verdwijnt wanneer men rekening houdt met de rechtvaardiging van het opzeggingsrecht bij relaties van onbepaalde duur, zijnde de vrijwaring van de persoonlijke en economische vrijheid van de contractspartijen. De beslissingsmacht van elke partij hoeft niet verder te reiken dan wat noodzakelijk is voor de vrijwaring van haar eigen belangen. De toekenning van een opzegtermijn dooft het opzeggingsrecht van de medecontractant daarom niet volledig uit. De relatie blijft ondanks de opzegging onderworpen aan het regime van de onbepaalde duur<sup>1740</sup>. De eerste partijbeslisser stelt de door hem toegekende opzegtermijn immers hoofdzakelijk vast op basis van de eigen noden en belangen. Deze inschatting leidt niet noodzakelijk tot de best mogelijke uitkomst voor de noden en belangen van de opgezegde partij. De medecontractant die wordt geconfronteerd met de beslissing van de opzeggende partij kan als reactie reeds een stopzetting wensen voordat de toegekende opzegtermijn is verstreken. De draagwijdte van de eerste partijbeslissing blijft dan ook beperkt tot het recht om eenzijdig een maximumduur te bepalen, d.w.z. een *uiterste datum* te kiezen waarop de opzeggende partij zich (*ex nunc*) niet meer gebonden acht door de opgezegde contractuele bestanddelen. Deze beslissing bepaalt de bovengrens van de duur. De opgezegde medecontractant kan deze wilsuiting niet negeren door in weerwil van de eerste beslissing een langere opzegtermijn op te dringen. Het recht om een kortere (doch niet manifest te korte) opzegtermijn te geven blijft daarentegen onaangeroerd. Een beslissing in die zin respecteert de eerste partijbeslissing aangezien het reeds afgebakende tijdvak niet wordt overschreden. De oorspronkelijk opzeggende partij kan zich niet meer verzetten tegen deze tegenopzegging via een nieuwe opzegging omdat zij haar beslissingsmacht uitputte bij het nemen van de eerste beslissing.

Deze beëindigingsmogelijkheden worden niet meer beschikbaar geacht indien de relatie van onbepaalde duur wordt verbroken zonder opzegtermijn. In die hypothese wordt de relatie geacht onmiddellijk te zijn beëindigd<sup>1741</sup> (zelfs al ging dit gepaard

---

<sup>1738</sup> Cass. 15 september 2006, *TBO* 2007, 95, noot M. DAMBRE; Cass. 22 juni 1998, *Arr. Cass.* 1998, 737.

<sup>1739</sup> Specifieke wettelijke bepalingen kunnen wel voorzien in een bijzondere regeling voor de tegenopzegging (zie bv. art. 84 Arbeidsovereenkomstenwet dat voorziet in een mogelijkheid tot tegenopzegging met verkorte opzeggingstermijn voor een bediende die door zijn werkgever overeenkomstig art. 82 Arbeidsovereenkomstenwet is opgezegd en reeds een andere dienstbetrekking heeft gevonden).

<sup>1740</sup> L. CORNELIS, "De duur van het contract met opeenvolgende prestaties", 53, 12; Th. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, 22, nr. 13.

<sup>1741</sup> De *ad nutum* opzegging op basis van art. 1794 BW laat de opdrachtgever bijvoorbeeld niet meer toe om de contractuele relatie naderhand te laten ontbinden wegens wanprestatie. Vgl. Cass. 27 april 1977 *Arr. Cass.* 1977, 883; Arbh. Antwerpen 16 mei 1995, *RW* 1995-96, 856, noot.

met de miskenning van contractuele afspraken of met rechtsmisbruik – cf. *supra* randnr. 504 en *infra* randnr. 521).

**493. Effect van de opzegging bij een bepaalde duur.** Een bepaalde duur bindt de partijen in beginsel tot het verstrijken van de overeengekomen termijn (met uitzondering van de gevallen waarin een manifest buitensporige termijn werd bedongen). De poging tot onrechtmatige, vroegtijdige opzegging van een verbintenis van bepaalde duur heeft geen uitwerking<sup>1742</sup>. De opzeggende contractant beschikt over geen enkele bevoegdheid om op te zeggen indien de overeenkomst (of de wet) hem die mogelijkheid niet biedt. Deze partij begaat een wanprestatie indien zij zich toch gedraagt alsof de verbintenis werd beëindigd en daardoor nalaat deze correct uit te voeren<sup>1743</sup>. Dit geeft de schuldeiser een keuzerecht tussen de uitvoering in natura (of desgevallend bij equivalent) en de ontbinding van de overeenkomst<sup>1744</sup>. Er rijst hierbij geen bezwaar om de overeenkomst in natura te handhaven<sup>1745</sup> indien dit de meest gepaste sanctie is. Het onherroepelijke of onmiddellijke karakter van de opzegging staat hieraan niet in de weg aangezien werd vastgesteld dat er geen principieel recht op opzegging geldt in de mate dat geen sprake is van een inbreuk op het verbod op eeuwigdurende verbintenissen. De beslissing van de rechter doet bijgevolg niet meer dan vaststellen dat de contractuele relatie nooit werd beëindigd. De onmogelijkheid tot behoud in natura van relaties van bepaalde duur zou overigens leiden tot

---

<sup>1742</sup> Vred. Tielt 5 februari 1976, *T. Not.* 1977, 140; P. ANCEL, “Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat”, *RTD Civ.* 1999, (771) nr. 41 (“Cette force obligatoire apparaît de manière particulièrement nette lorsque le contrat de cautionnement est à durée déterminée : dans ce cas en effet, la caution ne pourra pas résilier unilatéralement son engagement ; si elle prétendait le faire, elle ne serait évidemment pas sanctionnée parce qu'elle n'a pas exécuté son obligation, simplement cette révocation contraire à l'engagement serait absolument sans effet”); A. CERMOLACCE en V. PERRUCHOT-TRIBOULET, *Jurisl. Contrats – Distribution*, Fasc. 70 : Durée dans les contrats, nr. 171; M. BEHAR-TOUCHAIS, *JurisClasseur Contrats – Distribution*, Fasc. 175 : Extinction du contrat. – Les causes, nr. 137. Zie tevens L. LAWSON-BODY, *Petites Affiches* 2002, (3) nr. 31 met kritische verwijzing naar Franse rechtspraak in de tegenovergestelde zin. De vermeende opzegging blijft in werkelijkheid onwerkzaam: S. STIJNS, *TBH* 1996, (102) 156, nr. 63 en 163, nr. 71; O. STEVENS, “De kortgedingrechter en de eenzijdige beëindiging van een kredietovereenkomst van bepaalde duur” (noot onder Voorz. Brussel 11 december 2001), *Bank Fin. R.* 2002, (288), nr. 25.

<sup>1743</sup> Zie tevens Kh. Brussel 29 juni 2007, *RABG* 2008, 623, noot N. VAN DE SYPE; Vred. Torhout 6 september 1994, *T. Agr. R.* 1995, 190 (“Aangezien een overeenkomst voor bepaalde duur slechts ten einde komt bij het verstrijken van de termijn, pleegt de integrator contractbreuk door éézijdig het contract op te zeggen”). De wanprestatie vloeit in feite niet voort uit de poging tot opzegging als dusdanig, maar uit niet-uitvoering van de niet-opzegbare verbintenissen die daarmee gepaard gaat.

<sup>1744</sup> Cass. 30 januari 2003, *Arr. Cass.* 2003, 270; Kh. Brussel 29 juni 2007, *RABG* 2008, 623, noot N. VAN DE SYPE; Voorz. Rb. Brussel 1 maart 2001, *JT* 2001, 250.

<sup>1745</sup> Luik 12 september 2006, *TBH* 2007, 1018; Brussel 3 december 2001, *RW* 2004-05, 627; Voorz. Bergen 5 maart 2003, *JT* 2004, 12; Voorz. Brussel 11 december 2001, *BFR* 2002, 283, noot O. STEVENS; Voorz. Brussel 28 september 1989, *TBH* 1990, 675 en *JLMB* 1990, 11, noot M. WILLEMART; Voorz. Rb. Brussel 1 maart 2001, *JT* 2001, 250; Kh. Brugge 24 juni 1997, *TBH* 1988, 840, noot J. BUYLE en M. DELIERNEUX; Voorz. Kh. Turnhout 6 december 1996, *TBBR* 1999, 69 en *TBH* 1997, 195; Voorz. Kh. Kortrijk 29 april 1996, *TBH* 1996, 1010, noot H. VAN GOMPEL; *contra* Gent 26 juni 2006, *RW* 2007-08, 821, noot D. MERTENS (overeenkomst van bepaalde duur wordt eenzijdig verbroken door franchisegever – het hof vernietigt echter de beslissing van de eerste rechter in kort geding om de overeenkomst verder te doen uitvoeren en beroept zich daarvoor op de cassatierechtspraak t.a.v. de overeenkomsten van onbepaalde duur); Voorz. Hoei 10 oktober 1996, *DAOR* 1997, 72, noot P. KILESTE; X. DIEUX, “La formation, l'exécution et la dissolution des contrats devant le juge des référés” (noot onder Voorz. Rb. Luik 2 februari 1984), *RCJB* 1987, (250) 263.

onaanvaardbare gevolgen<sup>1746</sup>. Dit impliceert immers dat de medecontractant zich eenzijdig kan ontdoen van de contractuele verplichting om de overeengekomen verbintenis uit te voeren gedurende het overeengekomen tijdvak, hetgeen de bindende kracht van de overeenkomst miskent. De wil tot behoud (m.a.w. de weigering tot herroeping) van een relatie van bepaalde duur kan wel uitmonden in rechtsmisbruik<sup>1747</sup>.

De principiële stabiliteit van de bepaalde duur verhindert niet dat de partijen een opzegrecht mogen bedingen. Zij dienen hierbij wel de geldigheidsvereisten van de overeenkomst te respecteren. Het opzegrecht mag bijgevolg niet leiden tot een uitholling van het voorwerp van de opzegbare verbintenis in kwestie. Dit is problematisch aangezien het contractuele evenwicht bij relaties van bepaalde duur in beginsel uitgaat van de premisse dat de relatie blijft voortbestaan voor het geheel van de voorziene duur. Een vroegtijdige opzegmogelijkheid kan dit evenwicht verstoren. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer één van de partijen een aflopende prestatie moet leveren, terwijl de andere daar een voortdurende prestatie tegenover stelt. Het wederkerige karakter van de overeenkomst blijft hierbij gerespecteerd wanneer het opzeggingsrecht wordt gekoppeld aan de betaling van een vergoeding. Het stipuleren van een dergelijke afkoopsom resulteert in een zgn. *clause de dédit*. Ook bij de rechtmatige beëindiging van relaties van bepaalde duur met opzegtermijn blijven de verplichtingen enige tijd doorlopen en kan de relatie nog op basis van andere gronden worden beëindigd.

**494. Besluit.** De opzegging is een eenzijdige, aan mededeling onderworpen wilsverklaring waardoor de overeenkomst vanaf een zeker tijdstip *ex nunc* van haar werking wordt beroofd<sup>1748</sup>. Het is echter géén recht om eenzijdig terug te komen op het bestaan van de overeenkomst als contractuele norm. De partijen kunnen niet éénzijdig loochenen dat zij ooit een overeenkomst zijn aangegaan. Zij zijn daardoor niet bij machte om (eenzijdig) afspraken uit te wissen die tot doel hebben om de beëindiging of de postcontractuele rechtsverhouding tussen de partijen te regelen<sup>1749</sup>. Een opzegging stelt dan ook geen einde aan de verbintenissen waarvan de inwerkingtreding is uitgesteld tot het ogenblik waarop de contractuele basisverhouding wordt beëindigd of die bedoeld zijn om door te lopen na de beëindiging. Geheimhoudingsplichten kunnen bijgevolg niet worden omzeild door een opzegging. Duurverbintenissen die in deze postcontractuele fase ontstaan, mogen op hun beurt echter evenmin een eeuwigdurend karakter hebben. Ook zij moeten bestemd zijn om te eindigen door hetzij een uitdoving indien zij van bepaalde duur zijn, hetzij door een nieuwe eenzijdige opzegging indien dat niet het geval is.

#### 4.6.3 Misbruik in de uitoefening van het opzeggingsrecht

<sup>1746</sup> S. STIJNS, *TBH* 1996, (102) 152-153.

<sup>1747</sup> Ph. SIMLER, *JCP* 1971, 2413, nrs. 15-21.

<sup>1748</sup> Aldus J.M.F. STRIJBOS, *Opzegging van duurovereenkomsten*, Deventer, Kluwer, 1985, 17.

<sup>1749</sup> Hetzelfde geldt voor de afspraken die werden gemaakt om de rechtsverhouding tussen de partijen te regelen in geval van geschil zoals bevoegdheids-, rechtskeuze- of ADR bedingen.

#### 4.6.3.1 Vaststelling van het rechtsmisbruik

**495. Vaststelling van rechtsmisbruik.** De opgezegde partij kampt bij een relatie van onbepaalde duur met het probleem dat zijn medecontractant een principieel recht heeft tot opzegging. Hij kan, indien hij aanspraak wil maken op enig rechtsherstel, alleen trachten om aan te tonen dat deze opzegging zich vertaalt in rechtsmisbruik. Er is sprake van rechtsmisbruik wanneer een recht wordt uitgeoefend op een wijze die het gebruik ervan door een normaal zorgvuldige persoon manifest overschrijdt. Dit betekent niet dat de opzegging geen enkel nadeel mag opleveren in hoofde van de medecontractant, maar wel diens schade geen onredelijk grote proporties mag aannemen. De opzeggende partij heeft met andere woorden een verplichting om de schade in hoofde van de medecontractant in de mate van het redelijke te beperken. Deze verplichting vloeit bij contractuele verplichtingen voort uit de goede trouw<sup>1750</sup>.

##### 4.6.3.1.1 Onrechtmatigheid van de eenzijdige beëindiging als dusdanig?

**496. Onrechtmatigheid van de eenzijdige beëindiging als dusdanig?** Doorgaans wordt aangenomen dat het feit van de beëindiging als dusdanig niet vatbaar is voor rechtsmisbruik<sup>1751</sup> omdat de partijen (bij contractuele relaties van onbepaalde duur) over een principieel opzeggingsrecht beschikken. Er zijn wel hypothesen denkbaar waarin, gelet op de omstandigheden, zo goed als elke rechtsuitoefening gedurende een bepaalde periode zou neerkomen op rechtsmisbruik. Die mogelijkheid bestaat indien een opzeg de legitieme verwachtingen van één van de partijen zou frustreren over een impliciete minimumduur van de contractuele relatie, bijvoorbeeld omdat deze partij investeringen<sup>1752</sup> heeft verricht op aansporing van de medecontractant en de opgelopen kosten onmogelijk kan recupereren binnen de gegeven opzegtermijn.

##### 4.6.3.1.2 Onrechtmatigheid van de manier waarop wordt opgezegd

**497. Voorkoming van onrechtmatigheid in de wijze van opzegging: de opzegtermijn.** Het opzeggingsrecht moet op zodanige wijze worden uitgeoefend dat

<sup>1750</sup> De aard van de aansprakelijkheid is dus contractueel (cf. Bergen 20 december 1999, *AJT* 2000-01, 226; Kh. Gent 31 januari 1991, *TBH* 1992, 984, noot; Vred. Wezet 11 juli 2000, *T. Vred.* 2001, 135; R. VAN RANSBEECK, *RW* 1995-96, (345) 359).

<sup>1751</sup> Brussel 18 januari 2007, *JT* 2007, 358; Brussel 14 september 2006, *Bank Fin. R.* 2007, 40; Luik 24 december 1962, *JL* 1962-63, 187; Th. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, 168, nr. 150 en de verwijzingen aldaar; anders: V. LE BLAN-DELANNOY, "Le maintien judiciaire du contrat en cas de rupture abusive: l'impasse?", *Petites Affiches* 2005, 6, nr. 6; M.-E. PANCRAZI-TIAN, *La protection judiciaire du lien contractuel*, Aix-Marseille, PUAM, 1996, 204, nr. 230.

<sup>1752</sup> Cass. com (fr.) 7 oktober 1997, *D* 1998, 413 (impliciet); zie ook m.b.t. het belang van investeringen bij de beoordeling van het rechtsmisbruik Luik 19 maart 1998, *DAOR* 1999, 79. Vgl. vanuit een andere invalshoek: Luik 14 januari 2000, *TBH* 2000, 501 (dit arrest wijst de vordering in kort geding tot uitvoering in natura af van een niet-concurrentieplicht op basis van een belangenoverweging waarbij wordt vastgesteld dat de schade die de houder van het recht lijdt kan worden geredieerd door een schadevergoeding terwijl de gedwongen uitvoering de voorafgaande investeringen van de overtreder verloren zou doen gaan). Zie tevens naar Frans recht: A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *La pérennité contractuelle*, 502, nr. 906; M.-E. PANCRAZI-TIAN, *La protection judiciaire du lien contractuel*, 225, nr. 265; V. LE BLAN-DELANNOY, "Le maintien judiciaire du contrat en cas de rupture abusive: l'impasse?", *Petites affiches* 2005, 16, nr. 6-7.

de weerslag op de medecontractant niet manifest onredelijk is. De veiligste manier om een overeenkomst op te zeggen is door de opzegging te koppelen aan een zogenaamde opzegtermijn. Hierbij wordt de intentie tot beëindiging enige tijd vóór de effectieve verbreking meegedeeld aan de medecontractant. De opzegtermijn kan dan ook worden gedefinieerd als *het tijdvak tussen de mededeling van de wil tot beëindiging en de daadwerkelijke beëindiging van de opgezegde contractuele relatie*<sup>1753</sup>. Het eigenlijke einde van de contractuele bestanddelen wordt met andere woorden enige tijd uitgesteld. Dit tijdsverloop heeft tot doel om de opgezegde partij de nodige voorbereidingen te laten treffen om de voor hem nadelige gevolgen van de beëindiging te verzachten.

**498. Verplichting tot inachtnaam van een opzegtermijn?** Het rechtsmisbruik vloeit, zowel bij een gewone opzegging als bij een tegenopzegging, voort uit het gebrek van een redelijke uitlooptermijn die de medecontractant toelaat om zich voor te bereiden op de beëindiging. Het beroep op de notie rechtsmisbruik is echter overbodig indien de partijen reeds objectief verplicht zijn tot inachtnaam van een opzegtermijn. Deze verplichting kan voortvloeien uit een contractueel beding, de wet<sup>1754</sup> of het gebruik. De meerderheid van de rechtspraak en rechtsleer gaat nog een stap verder en stelt dat de toekenning van een redelijke<sup>1755</sup> opzegtermijn steeds verplicht is<sup>1756</sup>. Een aanzienlijke minderheid stelt echter dat er geen algemene gemeenrechtelijke verplichting is in die zin<sup>1757</sup>. Het geschreven recht kent inderdaad geen algemene verplichting tot de toekenning van een opzegtermijn. De verplichting om een opzegtermijn toe te kennen kan voor concrete overeenkomsten worden gesteund op de aanvullende werking van artikel 1135 BW<sup>1758</sup>, maar hier vloeit niet per definitie een *algemene* verplichting tot inachtnaam van een opzegtermijn uit voort.

<sup>1753</sup> Th. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, 132, nr. 110.

<sup>1754</sup> Dit is in het Belgische recht bijvoorbeeld het geval voor de arbeidsovereenkomst (cf. de artikelen 59, 82, 83, 84 en 115 Arbeidsovereenkomstenwet) en de concessieovereenkomst van onbepaalde duur (art. 2 Wet 27 juli 1961).

<sup>1755</sup> Bergen 13 januari 2003, *JLMB* 2004, 682; Kh. Luik 22 december 1999, *RRD* 2001, 39.

<sup>1756</sup> Antwerpen 29 september 1992, *Eur. Vervoerr.* 1994, 309; Luik 24 december 1962, *JL* 1962-63, 186; Voorz. Kh. Antwerpen 24 juli 2002, *Bank Fin. R.* 2002, (298) 302; Kh. Luik 22 december 1999, *RRD* 2001, 39; Kh. Namen 20 december 1999, *TBH* 2000, 510; R. DEKKERS, “De la rupture des contrats à durée illimitée” (noot onder Gent 16 januari 1956), *RCJB* 1957, (316) 321; R. DEKKERS, A. VERBEKE, N. CARETTE en K. VANHOVE, III, 100, nr. 192; H. DE PAGE, II, 730, nr. 763 B; R. VAN RANSBEECK, “De opzegging”, *RW* 1995-96, (345) 355-357 en de verwijzingen aldaar; L. DEMEYERE, “Rechtshandelingen ter beëindiging van overeenkomsten”, 14; C. CAUFFMAN, *De eenzijdige verbindende belofte*, 769, nr. 1185. Frankrijk: A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *La pérennité contractuelle*, 501, nr. 905; J. GHESTIN, C. JAMIN en M. BILLIAU, 2001, 324, nr. 271; J. AZEMA, 174, nr. 228; A. ROBERT, “La protection contre la rupture dans les contrats à durée indéterminée par la théorie du congé et du préavis” (37) 51, nr. 16; C. BOISMAIN, “L’affirmation d’une obligation de respecter un délai de préavis raisonnable” (noot onder Cass. 1<sup>e</sup> civ. (fr.) 16 mei 2006), *Petites Affiches* 2006, 18.

<sup>1757</sup> Antwerpen 3 februari 2005, *TBBR* 2007, 387; Antwerpen 28 oktober 1996, *AJT* 1996-97, 531 (de opzegtermijn is in het gemene recht geen geldigheidsvereiste voor de eenzijdige beëindiging van overeenkomsten van onbepaalde duur); Th. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, 134, nr. 111; J. VAN RYN en J. HEENEN, IV, 65, nr. 81; L. CORNELIS, “De duur van het contract met opeenvolgende prestaties”, (39) 52, nr. 11 en 61, nr. 17; M. WILLEMART, “La résiliation du contrat d’agence autonome”, *JT* 1981, (617) 618-619; R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak (1981-92)”, *TPR* 1994, (171), 598, nr. 297.

<sup>1758</sup> Cf. Cass. 6 april 1978, *Arr. Cass.* 1978, 898; J. GHESTIN, C. JAMIN en M. BILLIAU, 2001, 324, nr. 271.

**499. Minimumstandaard: verplichting tot inachtnaam van een niet-manifest onredelijke opzegtermijn.** Hierboven werd vastgesteld dat elke partij bij gebrek aan andersluidende contractuele afspraken, wettelijke bepalingen<sup>1759</sup> of gebruiken in principe het recht heeft om zijn contractuele relatie van onbepaalde duur *ad nutum*, zonder enige vorm van uitstel of vergoeding stop te zetten. Dit stemt overeen met het potestatieve karakter van het opzeggingsrecht. De meest gerede partij neemt de beslissing tot opzegging en legt tevens de modaliteiten daarvan vast. De opgezegde contractant is in beginsel verplicht om zich bij de beslissing van de medecontractant neer te leggen. Deze potestativiteit betekent echter niet dat het de contractanten vrijstaat om de relatie te beëindigen zonder enig respect voor de belangen van de medecontractant. De verplichting om een opzegtermijn in acht te nemen kan namelijk nog steeds voortvloeien uit de gemeenrechtelijke verplichting om de overeenkomst te goeder trouw uit te voeren (art. 1134 BW)<sup>1760</sup>. Deze algemene verplichting vereist immers dat de opzeggende partij niet meer schade aanricht bij zijn medecontractant dan redelijkerwijze te verantwoorden is in de gegeven omstandigheden. Het gedrag van de opzeggende partij dient daarbij te worden getoetst aan de criteria van rechtsmisbruik, zodat de opzeg niet op manifest onredelijke wijze mag gebeuren<sup>1761</sup>. Het valt bij deze toetsing echter *niet uit te sluiten dat, naargelang de omstandigheden, de toekenning van een zeer korte of zelfs helemaal geen opzegtermijn volstrekt verenigbaar is met de goede trouw*<sup>1762</sup>. Een opzeg met onmiddellijke ingang of zeer korte opzegtermijn richt immers niet *ipso facto* onredelijke schade aan bij de medecontractant. In het licht van deze vaststelling is het correcter om te spreken over de verplichting om een niet-manifest onredelijke opzegtermijn in acht te nemen.

De verplichting tot toekenning van een redelijke opzegtermijn wordt aanvaard in andere rechtsstelsels zoals Duitsland (art. 314 BGB), Nederland<sup>1763</sup> en Engeland<sup>1764</sup>.

<sup>1759</sup> De verbreking van een voor onbepaalde duur gesloten arbeidsovereenkomst zonder dringende reden of zonder inachtneming van de vereiste opzegtermijn opent bijvoorbeeld *ipso facto* het recht op een opzegvergoeding, aangezien de wet de betaling van deze vergoeding aan geen andere voorwaarden onderwerpt (art. 39 Arbeidsovereenkomstenwet; Cass. 13 september 1972, *Arr. Cass.* 1973, 55). Het recht op een vergoeding voor een ontoereikende opzegtermijn kan niettemin nog teniet gaan om dezelfde redenen als die op grond waarvan het recht op de opzegging zelf teniet gaat, bijvoorbeeld wegens een ontslag om dringende redenen op basis van feiten gepleegd tijdens de opzegtermijn (Cass. 26 februari 2007, *JTT* 2007, 239, concl. J. LECLERCQ). Zie tevens Th. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, 137, nr. 113.

<sup>1760</sup> Gent 4 juni 2007, *TGR-TWVR* 2007, 327.

<sup>1761</sup> We gaan er m.a.w. van uit dat de uitoefening van het opzeggingsrecht in beginsel moet worden getoetst in het licht van de matigende werking van de goede trouw en dat er (tenzij de rechter vaststelt dat de overeenkomst in die zin moet worden aangevuld) geen volledige toetsingsbevoegdheid geldt zoals wordt geponeerd voor de aanvullende werking van de goede trouw (zie bv. de toetsingsbevoegdheid betreft: W. DE BONDT, "Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht", *TPR* 1984, (95) 124).

<sup>1762</sup> Vgl. Brussel 10 oktober 1994, *JLMB* 1995, 1248 (de omzichtigheid die de partij die het opzeggingsrecht uitoefent aan de dag moet leggen impliceert "doorgaans" de verplichting om een opzegging in acht te nemen) en Brussel 24 april 1964, *Pas.* 1965, 171 (beëindiging van een makelaarsovereenkomst mag zonder waarschuwing gebeuren, maar er mag geen ongunstig tijdstip worden gekozen).

<sup>1763</sup> Nederland: JFM STRIJOS, *Opzegging van duurovereenkomsten*, 110.

<sup>1764</sup> C. CAUFFMAN, 772.



Ook de PECL schrijven een redelijke opzegtermijn voor (6:109 PECL). Het Franse handelsrecht kent verder een algemene verplichting om de, zelfs gedeeltelijke<sup>1765</sup>, beëindiging van een stabiele handelsrelatie schriftelijk en voldoende op voorhand aan te kondigen (artikel L.442-6, I, 5° Code de Commerce). Dit resulteert in de verplichting tussen handelaren om een opzegtermijn toe te kennen. Het voorwerp van de (al dan niet gedeeltelijk) te beëindigen relatie is daarbij niet van belang. De verplichting geldt bijgevolg ook voor *geheimhoudingsovereenkomsten of licentieovereenkomsten voor de verstrekking van know-how*<sup>1766</sup>. De omvang van de opzegtermijn is afhankelijk van de duur van de opgezegde handelsrelatie en de handelsgebruiken, interprofessionele akkoorden of specifieke regelgeving. De miskennis van deze verplichting (d.i. een beëindiging zonder opzegtermijn of met de toekenning van een te korte opzegtermijn) wordt geremedieerd via een vervangende opzegvergoeding.

In de praktijk vereist de goede trouw in de uitoefening van het opzeggingsrecht doorgaans dat een opzegtermijn in acht wordt genomen. Bij gebrek aan opzegtermijn zal de medecontractant namelijk in de meeste gevallen effectief buitensporig veel schade leiden die eenvoudig vermeden of minstens beperkt had kunnen worden door de toekenning van een niet-onredelijke opzegtermijn. Een partij die beweert dat het gedrag van de opzeggende medecontractant neerkomt op rechtsmisbruik, zal dit echter moeten aantonen<sup>1767</sup>.

**500. Vaststelling van de (niet-manifest on)redelijke opzegtermijn.** De opzegging heeft tot doel een remedie te bieden voor de manifest onredelijke gevolgen van de beëindiging van de contractuele relatie of van de manier waarop deze beëindiging gebeurt. De opzegtermijn moet lang genoeg zijn voor de opgezegde medecontractant om de maatregelen te treffen die de onredelijke gevolgen van de beslissing beperken. Zij hoeft de medecontractant echter niet in staat te stellen om elke schade te vermijden<sup>1768</sup>. Het volstaat dat de schade wordt herleid naar redelijke proporties. De opzegtermijn hoeft bijgevolg niet van die aard te zijn dat de opgezegde medecontractant maatregelen kan treffen die hem minstens in dezelfde rechtspositie als vóór de opzegging zouden plaatsen. Deze contractspartij kan geen enkel recht op het behoud van die rechtstoestand doen gelden en moet daarom de niet-manifest abnormale gevolgen van de beëindiging ervan aanvaarden.

---

<sup>1765</sup> Hierdoor is de verplichting ook van toepassing op aanzienlijke verminderingen in de omzet die met de handelsrelatie gemoeid is (A. VAN EECKHOUT, “La durée du préavis de rupture d’une relation d’affaires”, *RDC* 2005, 491).

<sup>1766</sup> D. MAZEAUD, “Durées et ruptures”, *RDC* 2004, (129), nr. 32; A. VAN EECKHOUT, “La durée du préavis de rupture d’une relation d’affaires”, *RDC* 2005, (491), II.

<sup>1767</sup> Luik 26 mei 2005, *DAOR* 2006, 308, noot D. MOUGENOT; Kh. Dendermonde 23 oktober 1997, *RW* 1998-99, 549; J. GUYENOT, “La rupture abusive des contrats à durée indéterminée” (235) 276.

<sup>1768</sup> Brussel 25 januari 2002, *JLMB* 2003, 952 (“Qu’il ne suffit pas d’alléguer la menace d’un dommage pour prouver que le fait générateur de ce dommage constitue une faute. Qu’il n’y a pas abus sans faute, quelle que soit l’étendue du dommage; Qu’il échet, par ailleurs de souligner que le seul fait de la rupture ne peut être considéré comme abusif et que la résiliation des contrats implique, en outre, toujours la naissance d’inconvénients, voire de dommages, dans le chef de la victime de la rupture”).

De redelijkheid van de opzegtermijn moet worden beoordeeld in het licht van de concrete omstandigheden zoals de aard en de duur van de relatie tussen de partijen en het gemak waarmee de medecontractant de negatieve gevolgen van de opzegging te boven kan komen<sup>1769</sup>. Er is daarbij geen verplichting tot inachtneming van een identieke opzegtermijn voor beide contractspartijen. Het redelijke karakter van de opzegtermijn verschilt van partij tot partij aangezien ook de beëindiging een andere impact heeft op de concrete rechtstoestand van beide partijen. Sterkere contractspartijen zullen de opzegging door hun medecontractant sneller opvangen, terwijl zwakkere partijen deze beslissing moeilijker zullen kunnen verteren en dus behoefte hebben aan een langere opzegtermijn.

#### 4.6.3.2 Remediëring van het misbruik

**501.** De bruuske opzegging van een geheimhoudingsplicht kan worden geredimeerd via de notie rechtsmisbruik. De vraag is dan hoe het rechtsherstel plaatsvindt. Dit herstel kan steeds via schadevergoeding gebeuren. Het kan in theorie ook in natura plaatsvinden.

#### **502. Niet-betwiste wijze tot remediëring van het misbruik: herstel bij equivalent.**

De eerste optie bestaat in de neutralisering van het onredelijke karakter van de beëindiging via een opzegvergoeding. Dit is een geldelijke compensatie die de financiële impact van het misbruik herleidt tot een aanvaardbaar niveau. Deze vergoeding wordt in een contractuele context begroot op basis van de opgelopen schade en het misgelopen contractvoordeel (art. 1149 BW) dat gepaard gaat met de onrechtmatigheid van de verbreking. Bepaalde rechtspraak stelt daarbij dat de opzegtermijn of -vergoeding de medecontractant in staat moet stellen om een gelijkwaardige activiteit te ontplooien die de opgezegde activiteit vervangt<sup>1770</sup>. Deze opvatting lijkt echter ten onrechte uit te gaan van de premisse dat de opgezegde contractspartij geen enkele schade mag lijden door de beëindiging. Dit is alleen het geval indien de opzegging als dusdanig ongeldig zou zijn, maar toch geen uitvoering in natura wordt opgelegd als sanctie. Bij een onrechtmatigheid in de uitoefening van het opzeggingsrecht komt daarentegen niet elke schade in aanmerking voor vergoeding. De opgezegde partij kan geen aanspraak maken op een opzeggingstermijn die haar in een gelijkaardige rechtstoestand plaatst als wanneer nooit een opzegging zou hebben plaatsgevonden<sup>1771</sup>. De opzeggende partij beschikt immers over een

<sup>1769</sup> Cf. C. BOISMAIN, noot onder Cass. 1<sup>e</sup> civ. (fr.) 16 mei 2006, *Petites Affiches* 2006, titels II A en B.

<sup>1770</sup> Gent 11 september 2002, *RABG* 2003, 663, noot B. VEECKMANS; Rb. Neufchâteau 20 januari 1993, *T. Gez.* 1996-97, 373, noot; zie in het raam van verkoopconcessies: Kh. Brussel 7 maart 1989, *TBH* 1990, 697; G. BRICMONT, *La résiliation unilatérale des concessions de vente*, 64-66; Th. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, 133, nr. 110 en 161-162, nr. 144.

<sup>1771</sup> Brussel 12 februari 2008, *DAOR* 2008, 138 (de concessiehouder kan geen aanspraak maken op een opzeggingstermijn die hem in elk geval toelaat om een concessie te vinden die evenwaardige resultaten oplevert aan de verloren concessie en dit wat ook de afloop van deze zoektocht mag wezen); Antwerpen 21 november 2002, *DAOR* 2003, 71 (de schade dient niet te worden vergeleken met de situatie waarin geen opzegging had plaatsgevonden, maar wel met die waarin de contractuele opzegtermijn van één maand was toegekend (de daadwerkelijk toegekende opzegtermijn bedroeg *in casu* vier maanden)); L. CORNELIS, "De duur van het contract met opeenvolgende prestaties", (39) 64, nr. 18.

opzeggingsrecht waarvan de beslissing tot uitoefening als dusdanig in beginsel rechtmatig is. Alleen (enkele van) de concrete modaliteiten van de uitoefening zijn onrechtmatig. De schade die gepaard gaat met het feit van de opzegging komt dan ook niet integraal in aanmerking voor vergoeding<sup>1772</sup>. De schadevergoeding moet slechts worden begroot in functie van de niet-manifest onredelijke opzegtermijn die in acht had moeten worden genomen<sup>1773</sup>. Daarbij kan de eventueel toegekende (maar ontoereikende) termijn in rekening worden gebracht<sup>1774</sup>.

**503. Herstel in natura - algemeen.** Het herstel in natura<sup>1775</sup> is mogelijk bij rechtsmisbruik<sup>1776</sup>. Deze vorm van herstel gebeurt door de rechtsuitoefening materieel te herleiden tot redelijke proporties. De matiging van contractuele rechten kan zover gaan dat de rechthebbende zijn recht niet mag uitoefenen in de gegeven omstandigheden<sup>1777</sup>. Een dergelijke verstrekkende “matiging” vereist dat elke wijze waarop het recht kan worden uitgeoefend onder de gegeven omstandigheden onvermijdelijk zou leiden tot manifest onredelijke gevolgen. De rechter mag de overeenkomst echter niet permanent wijzigen door een partij geheel vervallen te verklaren van een recht dat zij uit de overeenkomst put<sup>1778</sup>. Het herstel in natura van de schade die voortvloeit uit een te korte of een afwezige opzegtermijn bij een contractuele relatie van onbepaalde duur mag daarom alvast niet gebeuren door een permanent verlies van het opzeggingsrecht. Als een herstel in natura al mogelijk zou zijn in de context van rechtsmisbruik, kan dit hooguit gebeuren via een verlenging of herleving van de opgezegde relatie voor een termijn die volstaat om het onrechtmatige

---

<sup>1772</sup> Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 2000, 108 *et seq.*

<sup>1773</sup> Vgl. J. GUYENOT, “La rupture abusive des contrats a durée indéterminée”, (235) 290.

<sup>1774</sup> G. BRICMONT, *La résiliation unilatérale des concessions de vente*, 61.

<sup>1775</sup> Het statuut van de notie “herstel in natura” in het contractenrecht is betwist. Sommige auteurs zien hierin slechts een synoniem met de uitvoering in natura van de overeenkomst. Een deel van de Franse rechtsleer kent echter een afzonderlijke betekenis toe aan deze notie. Alleen de daadwerkelijke nakoming door de schuldenaar van zijn prestatie zou een uitvoering in natura opleveren. De oplegging van maatregelen in natura (i.p.v. een louter geldelijke schadevergoeding) die tot doel hebben om de schadelijder in dezelfde positie te brengen *alsof* de overeenkomst goed was uitgevoerd, zou daarentegen kaderen in een herstel in natura. Van een uitvoering in natura zou dan sprake kunnen zijn bij de ongeldigheid van een opzegging, terwijl het herstel in natura misbruik in het kader van een geldig uitgeoefend opzeggingsrecht zou remediëren. Zie uitgebreid A. MARAIS, “Le maintien forcé du contrat par le juge”, *Petites Affiches* 2002, 7; F. BUJOLI, 500, nr. 784 *et seq.* G. Viney, “Exécution de l’obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français” in M. FONTAINE en G. VINEY (eds.), *Les sanctions de l’inexécution des obligations contractuelles*, Brussel, Bruylant, 2001, 167-204 en P. WERY, “L’exécution en nature de l’obligation contractuelle et la réparation en nature du dommage contractuel. Rapport belge” in *Les sanctions de l’inexécution des obligations contractuelles*, 205-262.

<sup>1776</sup> Cass. 16 december 1982, *Arr. Cass.* 1982-83, 518 (de sanctie van rechtsmisbruik bestaat uit het opleggen van de normale uitoefening van het misbruikte recht of het herstel van de schade die door dit misbruik is tweeweggebracht); Cass. 11 juni 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 965; Cass. 8 februari 2001, *Arr. Cass.* 2001, 245; F. VERMANDER, “De schorsingsbevoegdheid van de (kortgeding)rechter in contractuele aangelegenheden” in *Schorsing van verbintenissen en overeenkomsten*, Brugge, die Keure, 2010, (181) 206-207. Frankrijk: J. GHESTIN, G. GOUBEUX en M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil*, I, *Introduction générale*, Parijs, LGDJ, 1994, 793, nr. 807.

<sup>1777</sup> M.b.t. de matiging die resulteert in de niet-uitoefening van een contractueel beding: Cass. 8 februari 2001, *Arr. Cass.* 2001, 245 en RW 2001-02, 778, noot A. VAN OEVELEN.

<sup>1778</sup> Cass. 21 januari 1999, *Arr. Cass.* 1999, 69.

gedeelte van de beslissing op te heffen. Deze termijn dient desgevallend te worden verminderd met de toegekende opzegtermijn.

De vraag is of dit herstel in natura op theoretisch vlak mogelijk is en of het vanuit een praktisch oogpunt wel een geschikte remedie is.

**504. Principiële onmogelijkheid van de uitvoering of het herstel in natura.** De uitvoering of het herstel in natura kan alleen worden uitgesproken indien dit mogelijk is. De Belgische rechtspraak en rechtsleer sluit de verdere uitvoering van de overeenkomst in natura quasi-unaniem uit als remedie van een onrechtmatige opzegging in de context van de onbepaalde duur<sup>1779</sup>. Deze stellingname geldt ook voor verbintenissen om iets niet te doen<sup>1780</sup> en voor de rechter in kort geding. Deze vorm van rechtsherstel zou juridisch onmogelijk zijn wegens het onherroepelijke en onmiddellijke karakter van de opzegging: de bindende kracht van het contractuele bestanddeel is beëindigd en zowel partijen als rechter moeten zich bij die situatie neerleggen.

<sup>1779</sup> Cass. 21 juni 1962, *Pas.* 1962, I, 1197 (“il en est autrement de la rupture de l’engagement sans juste motif ni préavis [...] Qu’en effet, entraînant l’extinction immédiate du contrat, elle rend juridiquement impossible le recours à l’exécution forcée”); Cass. 9 maart 1973, *Pas.* 1973, I, 640; Cass. 6 november 1987, *Arr. Cass.* 1987-88, 310; Cass. 24 april 1998, *Arr. Cass.* 1998, 466; Gent 14 november 2005, *TGR-TWVR* 2007, 275 (nadat één van de partijen heeft beslist om de samenwerkingsovereenkomst te beëindigen, kan de rechter partijen niet verplichten tot een verdere samenwerking door middel van de gedwongen uitvoering van de samenwerkingsovereenkomst); Arbh. Brussel 30 mei 2006, *Soc. Kron.* 2007, 522, noot D. CUYPERS (geen reïntegratie in de onderneming); Kh. Luik 22 december 1999, *RRD* 2001, 39 (de medecontractant moet ook bij gebrek aan redelijke opzegtermijn berusten in de verbreking); Kh. Verviers 23 januari 1998, *TBH* 1999, 712, noot J. BUYLE en M. DELIERNEUX; Kh. Dendermonde 23 oktober 1997, *RW* 1998-99, 549; Arbrb. Antwerpen 23 oktober 1997, *Soc. Kron.* 1999, 244 (geen herstel in natura via reïntegratie in de onderneming). Arbrb. Namen 8 november 1982, *RRD* 1993, 80 (geen reïntegratie bij miskenning CAO die voorziet in vastheid van betrekking); Voorz. Kh. Antwerpen 24 juli 2002, *Bank Fin. R.* 2002, (298) 302 (kort geding); Voorz. Rb. Hasselt 14 september 1999, *RW* 2000-01, 244 (in kort geding – dit vonnis maakt melding van een ‘verbod tot herstel in natura van opgezegde overeenkomsten van onbepaalde duur’); Voorz. Kh. Dinant 16 november 2001, *JT* 2002, 372; Voorz. Kh. Veurne 17 november 1999, *RW* 2000-01, 133 (de rechter kan de onrechtmatige opzegging van een krediet van onbepaalde duur niet opschorten); Voorz. Rb. Hasselt 14 september 1999, *RW* 2000-01, 244; Voorz. Kh. Bergen 23 februari 1999, *TBH* 2000, 714, noot J. BUYLE en M. DELIERNEUX; Kh. Dendermonde 23 oktober 1997, *RW* 1998-99, 549; Voorz. Kh. Turnhout 10 juli 1996, *TBH* 1997, 765, noot (de rechter heeft niet de bevoegdheid de contractuele banden die verbroken werden te herstellen); Voorz. Kh. Antwerpen 25 oktober 1995, *RW* 1999-2000, 156 (een opzegging maakt definitief een einde aan de overeenkomst en sluit elke eis tot gedwongen uitvoering uit, ook in kort geding). P. VAN OMMESLAGHE, *RCJB* 1988, (33) 39, nr. 148; L. CORNELIS, “De duur van het contract met opeenvolgende prestaties”, (39) 57-61, nrs. 14-18; P. WERY, “Vue d’ensemble sur les clauses d’extinction des contrats”, 29, nr. 20; F. VERMANDER, “Bedingen over de duur van het contract, zijn voortzetting en zijn opzegging”, (227) 263, nr. 61; S. STIJS, *TBH* 1996, (102) 152, nr. 60. Zie tevens M. RIGAUX en P. HUMBLET, “Ontslagmacht, ontslagrecht en vastheid van betrekking: een systeem”, *RW* 1988-89, (729) 738, voetnoot 68. Zijn van mening dat een herstel in natura wel mogelijk is: Voorz. Antwerpen 19 augustus 1987, *RW* 1988-89, 749, noot R. STRUBBE (kort geding); F. GLANSDORFF en Ch. DALCQ, “Du pouvoir d’intervention du juge en cas de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée” in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Brussel, Bruylant, 2000, 71-89. Frankrijk: J. MESTRE, “Rupture abusive et maintien du contrat”, *RDC* 2005, 99 *et seq.*; A. MARAIS, *Petites Affiches* 2002, 7 *et seq.*; M.-E. PANCRAZI-TIAN, *La protection judiciaire du lien contractuel*, 226-231, nrs. 267-272; A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, 521-525, nrs. 938-945; F. BUJOLI, 482, nr. 751 *et seq.* Zie kritisch: V. LE BLAN-DELANNOY, “Le maintien judiciaire du contrat en cas de rupture abusive: l’impasse?”, *Petites Affiches* 2005, nr. 6 *et seq.*

<sup>1780</sup> Cf. Cass. 9 maart 1973, *Pas.* 1973, I, 640.

**505. Ogenschijnlijke uitzonderingen op deze onmogelijkheid.** Het wordt wel aanvaard dat de rechter in kort geding beperkte maatregelen treft die onrechtstreeks uitmonden in een tijdelijke voortzetting in natura van de overeenkomst. Deze maatregelen dienen noodzakelijk te zijn om het recht van de opgezegde partij op schadevergoeding te vrijwaren of om de handhaving van de contractuele rechten van deze partij niet louter theoretisch te maken<sup>1781</sup>. Deze tussenkomst resulteert niet rechtsreeks in de oplegging van een opzegtermijn of een verlenging van een gegeven opzegtermijn, maar in een schorsing van de gevolgen van de opzegbeslissing.

Een uitvoering in natura wordt verder nog mogelijk geacht indien de contractuele relatie van onbepaalde duur (nog) niet of niet volledig werd opgezegd op het moment van de toetsing<sup>1782</sup>. Deze veroordeling heeft uitsluitend betrekking op het verleden, d.w.z. op de periode tot aan een eventuele opzegging. De rechter doet in deze context met zijn veroordeling tot uitvoering in natura niets anders dan vaststellen dat de relatie nog niet beëindigd is (of in kort geding: lijkt) op het moment van de uitspraak, zodat de onwillige partij per definitie nog steeds gehouden is tot naleving van haar verplichtingen. Het opzeggingsrecht blijft hierbij echter *ad nutum* uitoefenbaar naar de toekomst toe.

De uitvoering in natura kan ten slotte nog worden nagestreefd indien de medecontractant een opzegtermijn toekende en deze termijn nog niet verstreken is<sup>1783</sup>. Dit koppelt terug naar het onherroepelijke karakter van de opzegging als partijbeslissing. Een partij die beslist om de overeenkomst te beëindigen met een opzegtermijn kan daar later niet meer eenzijdig op terugkomen. Zij is onherroepelijk<sup>1784</sup> gebonden door haar eigen beslissing. De toekenning van een opzegtermijn als dusdanig hangt echter af van de wil van de opzeggende partij. Deze vaststelling biedt bijgevolg geen bescherming tegen een partij die heeft beslist om geen opzegtermijn toe te kennen.

De vraag rijst waarom deze vorm van rechtsherstel zo controversieel is voor het specifieke geval van de opzegging<sup>1785</sup>. De bevoegdheid van de rechter om de

---

<sup>1781</sup> Cass. 12 januari 2007, *DAOR* 2007, 455. Zie ook de uitgebreide analyse van Claeys en Taelman (I. CLAEYS en P. Taelman, "Contract en kort geding" in V. SAGAERT en D. LAMBRECHT (eds.), *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, (159) nr. 75 *et seq.*; I. CLAEYS, "De voorlopige schorsing van een eenzijdige opzegging – een taboe minder?" in *Liber amicorum Hubert Bocken*, Brugge, die Keure, 2009, 165-175).

<sup>1782</sup> Cass. 12 januari 2007, *DAOR* 2007, 455; Kh. Verviers 23 januari 1998, *TBH* 1999, 712, noot J. BUYLE en M. DELIERNEUX; Kh. Hasselt 12 december 1997, *TBBR* 1998, 66.

<sup>1783</sup> Cass. 21 juni 1962, *Pas.* 1962, 1197 ("[...] le congé donné avec préavis maintient le contrat jusqu'à l'expiration du délai et permet à la partie qui l'a reçu d'exiger de l'autre l'exécution de ses obligations jusqu'à cette expiration [...]"); Frankrijk: Y. CHEMINADE, *RTD Civ.* 1972, (307) 320, nr. 29.

<sup>1784</sup> Deze onherroepelijkheid is echter niet noodzakelijk definitief aangezien de medecontractant deze beslissing kan aanvechten.

<sup>1785</sup> Hierbij weze opgemerkt dat de wetgever in bepaalde gevallen het herstel in natura wel (impliciet) uitsluit (X. DIEUX, "La formation, l'exécution et la dissolution des contrats devant le juge des référés" (noot onder Voorz. Rb. Luik 2 februari 1984), *RCJB* 1987, (250) 264).

contractuele relatie in natura te herstellen is immers minder controversieel bij andere vormen van beëindiging door partijbeslissing<sup>1786</sup>.

**506. Onherroepelijke karakter van de opzegging als partijbeslissing.** Een eerste argument tegen de uitvoering in natura luidt dat de opzegbeslissing *onherroepelijk* is. Slechts een nieuwe wilsovereenstemming tussen de partijen zou de voortzetting van de contractuele relatie kunnen bewerkstelligen. Het feit van de opzegging als dusdanig blijft daardoor steeds rechtsgeldig, zelfs al komt de uitoefening van het recht in de gegeven omstandigheden neer op rechtsmisbruik<sup>1787</sup>. Een opzegbeslissing is inderdaad onherroepelijk in de zin dat *de opzeggende partij er niet eenzijdig op kan terugkomen*<sup>1788</sup>, dat de opgezegde partij gehouden is om zich neer te leggen bij de beslissing en dat de rechter het bestaan van deze beslissing niet mag negeren bij zijn beoordeling van de feiten. Dit onherroepelijke karakter belet een *a posteriori* controle van de rechtsuitoefening door de rechter echter niet<sup>1789</sup>, zodat het in natura onherstelbare karakter van de beslissing op een andere manier moet worden verklaard.

**507. Onmiddellijke karakter van de opzegging als onderdeel van de openbare orde.** De onmogelijkheid van een herstel in natura wordt verklaard door het feit dat de opgezegde contractuele bestanddelen *onmiddellijk teniet zouden gaan* van zodra één van de partijen een wilsuiking in die zin doet. Dit (voor zover één van de partijen dit wenst) onmiddellijke karakter van de opzegging belet volgens de meerderheidsopvatting dat de opgezegde bestanddelen zouden worden gereactiveerd<sup>1790</sup>. Deze onmiddellijke werking dringt zich, in tegenstelling tot het onherroepelijke karakter van een partijbeslissing, ook op aan de rechter.

De onmiddellijke werking van de opzegging wordt afgeleid uit het verbod op eeuwigdurende verbintenissen. Dit recht is van openbare orde<sup>1791</sup> en legt daardoor onontkoombare beperkingen op aan de contractsvrijheid van de partijen. Het recht om uit een contractuele relatie van onbepaalde duur te stappen, wordt daarbij beschouwd als een noodzakelijke veiligheidsklep ter vrijwaring van de persoonlijke of

---

<sup>1786</sup> Brussel 2 februari 1988, *TBH* 1990, 671 (uitdrukkelijk ontbindend beding in een overeenkomst van onbepaalde duur); Voorz. Kh. Kortrijk 29 april 1996, *TBH* 1996, 1010, noot H. VAN GOMPEL; S. STIJNS, *TBH* 1996, (102) 156-158, nr. 63-65. Hier geldt weliswaar het argument dat een uitdrukkelijk ontbindend beding een contractueel recht invoert dat niet van nature aanwezig is in de overeenkomst en dat de vrijheid van de partijen niet in het gedrang is, wat wel het geval is voor het opzeggingsrecht bij contractuele relaties van onbepaalde duur.

<sup>1787</sup> Cf. V. LE BLAN-DELANNOY, *Petites Affiches* 2005, nr. 12.

<sup>1788</sup> Zie tevens J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral. Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, 311-316, nrs. 341-350.

<sup>1789</sup> Zie tevens F. GLANSDORFF en Ch. DALCQ, "Du pouvoir d'intervention du juge en cas de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée", (71) 79, nr. 7.

<sup>1790</sup> Cass. 12 januari 2007, *DAOR* 2007, 455; Cass. 9 maart 1973, *Pas.* 1973, I, 640; Rb. Gent 29 oktober 2004, *NjW* 2005, 456; Rb. Luik 14 februari 2000, *Act. jur. baux* 2000, 69, noot; Voorz. Kh. Turnhout 10 juli 1996, *TBH* 1997, 765, noot; zie kritisch F. GLANSDORFF en Ch. DALCQ, "Du pouvoir d'intervention du juge en cas de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée", (71) 80-81, nr. 7.

<sup>1791</sup> Gent 4 juni 2008, *NjW* 2009, 83, noot M. DAMBRE; Kh. Namen 20 december 1999, *TBH* 2000, 510; Voorz. Rb. Hasselt 14 september 1999, *RW* 2000-01, 244.

economische vrijheid van de contractspartijen<sup>1792</sup>. Dit openbare orde karakter resulteert volgens de meerderheidsopvatting in een opzeggingsmacht (een “*pouvoir de rupture*”) die uit haar aard volstrekt discretionair is en daardoor niet vatbaar is voor enige beperking. Daarnaast wordt het bestaan van een opzeggingsrecht (een “*droit de rupture*”) geponeerd dat wel vatbaar is voor beperking<sup>1793</sup>. De opzegging heeft in deze visie -voor zover gewenst door één van de partijen- een onmiddellijke werking zonder dat hierop in natura kan worden teruggekomen. Een onregelmatige of onrechtmatige uitoefening van het opzeggingsrecht heeft in deze context immers geen enkele invloed op de uitoefening van de autonoom bestaande opzeggingsmacht. Een onrechtmatige opzegging blijft bijgevolg nog steeds een geldige uitoefening van de opzeggingsmacht.

Het feit dat de partijen eigenhandig mogen beslissen wanneer hun vrijheid in het gedrang is, impliceert nog niet dat deze beslissing gebaseerd is op een opzeggingsmacht die buiten het bereik van de normale rechterlijke matigingsbevoegdheid valt. Noch de persoonlijke vrijheid, noch de vrijheid van handel vereist de aanvaarding van een dergelijke absolute opzeggingsmacht. Het eenzijdige opzeggingsrecht belangt de openbare orde slechts aan in de mate dat het onmisbaar is om een inbreuk te voorkomen op het verbod van eeuwigdurende verbintenissen. Deze vrijheden worden gevrijwaard van zodra de partijen beschikken over een reële mogelijkheid tot beëindiging. De openbare orde staat de matiging van een manifest onredelijke rechtsuitoefening (bij equivalent of in natura) dan ook niet in de weg zolang deze op haar beurt niet uitmondt in een onredelijke beperking van de vrijheid van de opzeggende partij. Men kan daarom twijfelen aan de principiële onmogelijkheid van een herstel in natura.

Het lijkt correcter om te opteren voor een analyse die aansluit bij de normale regels van de partijbeslissing. De partijen beschikken dan over een opzeggingsrecht waarvan de uitoefeningsmodaliteiten worden vastgesteld *ad hoc* of op basis van vooraf gemaakte afspraken. Sommige van deze uitoefeningswijzen zullen uitmonden in rechtsmisbruik (of op een andere manier onrechtmatig blijken), terwijl dat voor andere niet het geval is. Het bestaan van de beslissingsbevoegdheid tot opzegging neemt daarbij niet weg dat onrechtmatige uitoefeningswijzen daarvan *in concreto* vatbaar zijn voor matiging in natura of bij equivalent. Een onrechtmatige uitoefening van het beslissingsrecht impliceert dat de beslissing niet kon worden genomen zoals dat *in concreto* gebeurde, ook al was men *in abstracto* bevoegd om gebruik te maken van het beslissingsrecht. De rechter kan dit misbruik matigen door het manifest onredelijke deel van de beslissing op te heffen. Hierdoor blijft alleen het (niet-manifest on)redelijke deel van de beslissing van kracht. Het opzeggingsrecht blijft te allen tijde behouden *in abstracto*. De opzeggingsbevoegdheid kan bijgevolg niet

---

<sup>1792</sup> R. DEKKERS, “De la rupture des contrats à durée illimitée” (noot onder Gent 16 januari 1956), *RCJB* 1957, (316) 322, nr. 17; Th. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, 125, nr. 105; L. CORNELIS, “De duur van het contract met opeenvolgende prestaties”, (39) 59-61, nr. 16-17; P. WERY, “Vue d’ensemble sur les causes d’extinction des contrats”, 28, nr. 20.

<sup>1793</sup> Th. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, 125, nr. 104; L. VAN BUNNEN, noot onder Brussel 6 oktober 1983, *JT* 1984, 136.

permanent buitenspel blijven, maar de gevolgen ervan zouden kunnen worden uitgesteld naar een tijdstip waarop zij niet meer manifest onredelijk zijn.

#### 4.6.3.3 Effectiviteit van het herstel op basis van rechtsmisbruik

**508. Gepastheid van het herstel in natura.** Uit het voorgaande blijkt dat een herstel in natura in de vorm van een tijdelijk behoud van de contractuele relatie niet *a priori* uitgesloten is. Dit betekent echter niet dat dit type van herstel steeds mogelijk is. De rechter dient in elk concreet geval na te gaan of het herstel in natura een gepast remedie is. Een eerste probleem daarbij is dat de uitspraak ten gronde enige tijd na de opzegging plaatsvindt, terwijl het opzeggingsrecht niet permanent of voor een langer dan noodzakelijke duur kan worden opgeschort. Het is daarom mogelijk dat de niet-manifest buitensporige opzegtermijn reeds verstreken is op het moment van de uitspraak ten gronde. De partij die een reële kans op een herstel in natura wenst te verkrijgen, dient deze in de praktijk in kort geding te vorderen via voorlopige maatregelen die naderhand ten gronde worden bevestigd. Een tweede probleem is vervolgens dat de medecontractant die de voortzetting van de overeenkomst wenst, stuit op de vaststelling dat de opzeggende medecontractant weinig gemotiveerd zal zijn om de overeenkomst naar behoren na te komen en dat de vertrouwensband tussen de partijen zal aangetast zijn<sup>1794</sup>. Dit is niet problematisch voor de uitvoering in natura van overeenkomsten waarbij een wanprestatie onomstotelijk blijkt uit het niet-leveren van bepaalde inspanningen of het uitblijven van een beloofd resultaat. De naleving van geheimhoudingsovereenkomsten is echter moeilijker te controleren omdat het vaak niet evident is om de verantwoordelijke voor een lek van vertrouwelijke informatie te traceren. Een herstel in natura heeft in deze context een enigszins aleatoir karakter omdat het reeds beschaamde vertrouwen niet meer kan worden gerecupereerd via een rechterlijke beslissing<sup>1795</sup>. Ten slotte is een herstel in natura uitgesloten indien dit de rechten in het gedrang brengt van derden die te goeder trouw hebben gecontracteerd met de opzeggende partij<sup>1796</sup>. Dit is bijvoorbeeld het geval indien de geheimplichtige op zijn beurt een licentieovereenkomst voor de overdracht van *knowhow* heeft gesloten met een derde te goeder trouw.

Men is daarom uiteindelijk genooddaakt om te erkennen dat het herstel bij equivalent toch een meer realistische vorm van herstel is indien de geheimhoudingsplicht reeds op onherroepelijke wijze werd geschonden.

**509. Beperkingen eigen aan de figuur van het rechtsmisbruik – marginale karakter van de tussenkomst.** Het is hoe dan ook af te raden om te speculeren op rechtsmisbruik als beschermingsstrategie. Deze rechtsfiguur laat niet toe om alle nadelige gevolgen van de beëindiging te remediëren. Alléén de manifest buitensporige nadelen van de beslissing komen in aanmerking voor herstel. Deze buitensporigheid wordt ingevuld op basis van een belangenafweging. Een relatief groot voordeel voor

<sup>1794</sup> L. CADIER en P. LE TOURNEAU, "Abus de droit", *Encycl. Dalloz*, 2002, nrs. 35.

<sup>1795</sup> Cf. Voorz. Kh. Kortrijk 18 maart 1993, *TBH* 1993, 1048, noot J. BUYLE en X. THUNIS (de relatie tussen bank en cliënt is een vertrouwensrelatie die moeilijk kan worden opgelegd).

<sup>1796</sup> Kh. Bergen 12 juli 2002, *RRD* 2002, 494.



de opzeggende partij rechtvaardigt bijgevolg een relatief groot nadeel in hoofde van de opgezegde medecontractant<sup>1797</sup> tenzij dit voordeel evenzeer kon worden bereikt door een voor de medecontractant minder nadelige rechtsuitoefening. Gevolg daarvan is dat de meester van het geheim in principe niet in staat is om de volledige waarde van het geheim te recupereren via rechtsmisbruik. De geheimplichtige beschikt bij een geheimhoudingsplicht van onbepaalde duur immers over een opzeggingsrecht. Hij zal zelfs niet in staat zijn om de gevolgen van de opzegging gedurende een min of meer lange termijn uit te stellen. Die mogelijkheid is slechts voorhanden indien de meester van het geheim legitieme verwachtingen mocht koesteren over de minimumduur van de geheimhoudingsplicht (bv. totdat de kosten voor de ontwikkeling van de informatie werden teruggewonnen vermeerderd met een redelijke winstmarge) ondanks het recht van de medecontractant om de contractuele relatie te allen tijde op te zeggen. Ook hier komt echter uitsluitend de schade die te wijten is aan het frustreren van de legitieme verwachtingen over de minimumduur in aanmerking voor vergoeding. Het *ad nutum* karakter van het opzeggingsrecht verhindert legitieme verwachtingen over het permanente behoud van de overeenkomst.

**510. Besluit.** De vrijheid om een contractuele relatie op te zeggen is vatbaar voor rechtsmisbruik. Dit rechtsmisbruik komt theoretisch gezien in aanmerking voor een herstel in natura via de verlenging of oplegging van een opzegtermijn. Zoniet heeft de opgezegde partij nog steeds recht op een herstel via schadevergoeding. Geen van beide herstelmechanismen biedt een duurzame bescherming van de geheime informatie. Dit is te wijten aan de beperkingen die inherent zijn aan de figuur van het rechtsmisbruik. De opgezegde partij neutraliseert uitsluitend de manifest onredelijke gevolgen van de onrechtmatige opzegbeslissing. Dit vertaalt zich niet in een recht op het permanente behoud van de geheimhoudingsplicht of op de integrale vergoeding van de economische waarde van de geheime informatie. De meester van het geheim kan hierover geen legitieme verwachtingen koesteren bij een geheimhoudingsplicht van onbepaalde duur. Gelet op de zeer beperkte marge tot herstel die eigen is aan de notie rechtsmisbruik, verdient het in de klassieke visie dan ook steeds de voorkeur om de duur van de geheimhoudingsplicht vast te knopen aan een bepaalde duur<sup>1798</sup>.

#### 4.6.4 Is het opzeggingsrecht vatbaar voor modalisering?

**511. Contractuele opzegmodaliteiten.** Overeenkomsten met een eenzijdig opzeggingsrecht kampen met een fundamentele instabiliteit. De notie rechtsmisbruik is hooguit in staat om de scherpe kanten van dit wankel karakter te verzachten. Dit leidt tot de vraag in welke mate de partijen contractuele opzegmodaliteiten kunnen uitwerken die de stabiliteit van de contractuele band versterken.

**512. Versoepeling van het opzeggingsrecht.** De partijen kunnen hun opzeggingsrecht uitbreiden ten nadele van de opgezegde partij door te stipuleren dat

---

<sup>1797</sup> In die zin Brussel 10 oktober 1994, *JLMB* 1995, 1248.

<sup>1798</sup> Vgl. P.A. FORIERS, "Concurrence et preuve: quid en cas de clause de confidentialité", 448, nr. 17. Deze auteur raadt tevens aan de geheimhoudingsplicht te koppelen aan een tijdsbepaling vanuit de overweging dat overeenkomsten voor onbepaalde duur eenzijdig opzegbaar zijn.

de beëindiging *ad nutum* mag gebeuren<sup>1799</sup>. Dit betekent dat de opzegging geen enkele opzegtermijn of –vergoeding noodzaakt<sup>1800</sup> (althans in beginsel, want ook dit recht is vatbaar voor misbruik). Het is dan in de eerste plaats de verantwoordelijkheid van de medecontractant om te voorkomen dat een opzegging buitensporig veel schade aanricht aan zijn rechtspositie.

**513. Verstrenging van het opzeggingsrecht.** De partijen kunnen het uitgangspunt eveneens verstrengen in het nadeel van de opzeggende partij door uitdrukkelijk een aantal opzegmodaliteiten vast te leggen<sup>1801</sup>. Deze opzegmodaliteiten kunnen in twee types worden ingedeeld. Het gaat enerzijds om afspraken die de *uitoefening van het opzeggingsrecht (tijdelijk) opschorten* in de vorm van een *minimumduur*. De overeenkomst bevat dan een minimumduur waarbij de partijen (of één van hen) zich ertoe verbinden het opzeggingsrecht niet uit te oefenen vóór een bepaalde datum. Deze minimumduur is géén uitdovende tijdsbepaling voor de globale contractuele relatie. De contractuele relatie is immers *niet bestemd om automatisch uit te doven* door de verstrijking van deze termijn. De minimumduur bemoeilijkt slechts de uitoefening van het opzeggingsrecht. Deze beperking beïnvloedt uitsluitend de concrete duur van de contractuele relatie (of specifieke verbintenissen) en resulteert daardoor volgens de klassieke analyse in een contractuele relatie van onbepaalde duur die te allen tijde opzegbaar is<sup>1802</sup>.

Anderzijds zijn afspraken denkbaar die de *uitoefening van het opzeggingsrecht begeleiden*. Het kan daarbij gaan om de toekenning van een opzegtermijn, een opzegvergoeding of uit de naleving opzegformaliteiten.

**514. Opzegmodaliteiten en rechtsmisbruik.** De instemming met contractuele opzegmodaliteiten impliceert zowel voor contractuele relaties van bepaalde als van onbepaalde duur dat de opzeggende partij niet aansprakelijk is voor de schadelijke gevolgen van een opzegging die de uitgewerkte regels respecteert. Dit verkleint de marge tot misbruik in hoofde van de opzeggende partij. De opgezegde partij wordt immers geacht om zich afdoende voor te bereiden op een opzegging volgens de overeengekomen modaliteiten of om zich minstens neer te leggen bij de voorzienbare schadelijke gevolgen ervan. De uitwerking van opzegmodaliteiten sluit de mogelijkheid van rechtsmisbruik echter niet volledig uit<sup>1803</sup>. Contractuele rechten

---

<sup>1799</sup> Wat de vrije beroepen betreft, geldt overigens de hardnekkige opvatting dat deze contractuele relatie steeds *ad nutum* opzegbaar is (cf. Antwerpen 5 maart 2001, *TBH* 2002, 116).

<sup>1800</sup> Antwerpen 3 maart 1998, *Limb. Rechtsl.* 1998, 114.

<sup>1801</sup> Kh. Brussel 2 december 2004, *RW* 2006-07, 574.

<sup>1802</sup> *Infra* randnr. 522. Anders: Brussel 3 december 2001, *RW* 2003-04, 627. Een overeenkomst werd aangegaan voor een initiële duur van 72 maanden en werd vroegtijdig opgezegd. Het Hof oordeelt dat de opzeggende partij niet over enige opzegmogelijkheid beschikte gedurende deze initiële periode, zodat de opzegging resulteerde in een contractbreuk; zie tevens G. BRICMONT, *La résiliation unilatérale des concessions de vente*, Brussel, Larcier, 1972, 51 (en de verwijzing naar DURAND in voetnoot 13). Deze auteur stelt dat de overeenkomst van bepaalde duur is gedurende deze minimumduur.

<sup>1803</sup> *Contra* Bergen 16 oktober 1984, *TBH* 1985, 636, noot C. PARMENTIER.

moeten steeds te goeder trouw worden uitgeoefend<sup>1804</sup>. Een opzegging kan daarom nog steeds uitmonden in rechtsmisbruik, ook al werden de contractuele opzegmodaliteiten nageleefd<sup>1805</sup>. Dit is bijvoorbeeld het geval bij een opzegging met de loutere intentie om iemand te schaden<sup>1806</sup>.

#### 4.6.4.1 Opzegmodaliteiten bij verbintenissen van onbepaalde duur

**515. Invloed van het verbod op eeuwigdurende verbintenissen.** Een overeenkomst zonder uitdovende maximumduur vereist dat de partijen zich op eigen kracht van de overeenkomst kunnen losmaken<sup>1807</sup>. Het opzeggingsrecht is in die hypothese van openbare orde aangezien het noodzakelijk is om een inbreuk te vermijden op het verbod van eeuwigdurende verbintenissen<sup>1808</sup>. De partijen kunnen daarom niet om het even welke opzegmodaliteiten stipuleren voor hun contractuele relatie van onbepaalde duur. Een louter formele opzegmogelijkheid is daarbij niet voldoende. Het opzeggingsrecht moet voldoen aan een aantal minimumvereisten die zijn reële uitoefening veiligstellen. Het opzeggingsrecht dient wederkerig te worden toegestaan, het moet omvattend zijn en eventuele beperkingen mogen de effectieve, zinvolle uitoefening ervan niet in het gedrang brengen. De wetgever kan op elk van deze punten afwijken door de opzegmodaliteiten te verstrengen of te versoepelen voor één of meerdere contractspartijen.

**516. Wederkerigheid van het opzeggingsrecht.** De onvervreemdbaarheid van de persoonlijke of economische vrijheid van de betrokkenen geldt voor iedere contractspartij. Elke contractspartij moet dan ook over de mogelijkheid beschikken

---

<sup>1804</sup> Brussel 18 oktober 2006, *JT* 2006, 811 (de overeengekomen mogelijkheid om een koop eenzijdig te verbreken, moet te goeder trouw worden uitgeoefend).

<sup>1805</sup> Brussel 19 februari 2007, *JT* 2007, 358 (contractueel opzegbeding voorzag in een opzegtermijn van dertig dagen. Deze termijn werd strikt nageleefd. Uit de feitelijke omstandigheden werd echter afgeleid dat een opzegtermijn van minder dan drie maanden neerkwam op rechtsmisbruik); Kh. Brussel 2 december 2004, *RW* 2006-07, 574 (“Behoudens uitzonderlijke feitelijke omstandigheden, is uit een dergelijke regeling namelijk af te leiden dat partijen bedongen dat de naleving van de contractuele voorschriften het bestaan van een rechtsmisbruik bij de eenzijdige beëindiging uitsluit”). Tevens: Kh. Brussel 3 juni 2003, onuitg., aangehaald door K. VANDERSCHOT en F. VERMANDER, “Beëindiging en schorsing van de (bank)overeenkomst en sluiting van de (zicht)rekening” in M. TISON en J.-P. BUYLE (ed.), *Algemene bankvoorwaarden*, Brussel, Bruylant 2005, (435) nr. 35. Frankrijk: Cass. 1<sup>e</sup> civ. (fr.) 21 februari 2006 (02-21240 en 02-21355), *RDC* 2006, 704, noot D. MAZEAUD. Hetzelfde geldt voor de niet-vernieuwing van overeenkomsten: Cour d’appel Parijs 5 december 1997, onuitg., aangehaald door J. MESTRE, *RTD Civ.* 1998, (370), 371 (in dit geval werd een beding opzij geschoven waarbij werd gestipuleerd dat geen schadevergoeding verschuldigd was bij niet-vernieuwing). Zie tevens Brussel 18 oktober 2006, *JT* 2006, 811 (de overeengekomen mogelijkheid om de koop eenzijdig te verbreken, moet te goeder trouw worden uitgeoefend).

<sup>1806</sup> Arbrb. Gent 14 oktober 2005, *Soc. Kron.* 2007, 233 (het ontslag van een bediende als represaille voor een dagvaarding maakt rechtsmisbruik uit).

<sup>1807</sup> Cf. J. AZEMA, 145, nr. 182; B. HOUIN, 117; I. PETEL, 355, nr. 333; zie tevens R. ENCINAS DE MUNAGORRI, 104, nr. 94.

<sup>1808</sup> Cf. onder meer P. VAN OMMESLAGHE, *RCJB* 1975, 619, nr. 72; R. VAN RANSBEECK, *RW* 1995-96, 350, nr. 32; L. CORNELIS, “De duur van het contract met opeenvolgende prestaties”, 53, nr. 12 en *Algemene theorie van de verbintenis*, 2000 nr. 629; I. DEMUYNCK, 2000, 637; P. WERY, “Vue d'ensemble sur les causes d'extinction des contrats”, 28-29, nr. 20; O. STEVENS, *Bank Fin. R.* 2002, (288) 290.

om een contractuele relatie van onbepaalde duur eenzijdig te verbreken<sup>1809</sup>. Het moet met andere woorden gaan om een “wederkerige eenzijdigheid”. Dit is het zogenaamde reciprociteitsbeginsel van het opzeggingsrecht<sup>1810</sup>. Overeenkomsten die slechts een opzeggingsrecht toekennen aan één van de partijen kunnen alleen van een bepaalde of onbeperkte duur zijn.

Zo oordeelde het Hof van Cassatie dat een opzegmogelijkheid van een voor het leven gesloten huurovereenkomst niet resulteert in een overeenkomst van onbepaalde duur indien zij alleen aan de huurder is toegekend<sup>1811</sup>.

De vereiste van een wederkerig karakter gaat niet zo ver dat elke partij over een identiek opzeggingsrecht moet beschikken. Het volstaat dat beide partijen een omvattend en reëel opzeggingsrecht hebben. Eventuele verschillen in de opzegmodaliteiten mogen het reële en afdoende karakter van het opzeggingsrecht echter niet op de helling zetten.

**517. Omvattendheid van het opzeggingsrecht.** Het opzeggingsrecht moet tevens omvattend zijn. Zijn toepassingsgebied mag bij contractuele relaties van *onbepaalde duur* niet worden beperkt tot specifieke hypothesen zoals een beëindiging wegens wanprestatie of om een andere reden waarbij voldaan moet zijn aan specifieke voorwaarden. Het beding dat de uitoefening van een eenzijdig opzeggingsrecht uitsluit behoudens de beëindiging wegens dringende reden is dan ook strijdig met de openbare orde en daardoor nietig<sup>1812</sup>. De opzegmodaliteiten mogen dit

---

<sup>1809</sup> Cass. 16 oktober 1969, *Arr. Cass.* 1970, 167; Cass. 9 maart 1973, *Pas.* 1973, I, 640; Cass. 29 mei 1998, *Pas.* 1998, I, 658; Gent 4 juni 2008, *NjW* 2009, 83, noot M. DAMBRE; Gent 4 juni 2007, *TGR-TWVR* 2007, 327; Antwerpen 3 februari 2005, *TBBR* 2007, 387; Gent 11 september 2002, *RABG* 2003, 663, noot B. VEECKMANS; Brussel 21 december 2000, *TBH* 2002, 107; Bergen 20 december 1999, *AJT* 2000-01, 226; Gent 10 december 1997, *TBH* 1998 (weergave), 267; Bergen 16 oktober 1984, *TBH* 1985, 636, noot C. PARMENTIER; Kh. Brussel 2 december 2004, *RW* 2006-07, 574; Kh. Gent 3 november 2003, *TGR-TWVR* 2004, 110; Kh. Luik 22 december 1999, *RRD* 2001, 39. Naar Frans recht: Cass. 1e civ. (fr.) 5 februari 1985, *Bull. civ.* 1985, I, 52, nr. 54; Cass. com. (fr.), 14 november 1989, *Bull. civ.* 1989, IV, 193, nr. 286; Cass. com. (fr.) 31 mei 1994, *Bull. civ.* 1994 IV, 156, nr. 194. B. HOUIN, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, thèse universiteit Paris II, 1973, 113; J. MESTRE, “Jurisprudence française en matière de droit civil – B. Obligations et contrats spéciaux”, *RTD Civ* 1986, (97) 105, nr. 5. Zie tevens Cass. 25 april 1996, *Arr. Cass.* 1996, 349 (het Hof stelde vast dat het niet onredelijk was dat de rechter in kort geding een tijdsbepaling van vijf jaar met automatisch verlengingsbeding *prima facie* betekenisloos achtte omdat de uitoefening van deze opzegmogelijkheid afhing van de instemming van maar liefst tien bij de overeenkomst betrokken partijen, zodat de overeenkomst na afloop van de minimumtermijn (de eerste termijn van vijf jaar) *prima facie* onderworpen was aan de opzeggingsregels die gelden voor overeenkomsten van onbepaalde duur).

<sup>1810</sup> M. PAPIER-JAMOULLE, “Droit et pouvoir de résiliation unilatérale dans le louage de services” (noot onder Cass. 16 oktober 1969), *RCJB* 1970, (530) 532, nr. 3; Th. DELAHAYE, 124, 103; R. VAN RANSBEECK, “De opzegging”, *RW* 1995-96, (345) 352.

<sup>1811</sup> Cass. 29 mei 1998, *Pas.* 1998, I, 658, *AJT* 1999-2000, 743, noot P. DE SMEDT.

<sup>1812</sup> Cass. 30 september 1991, *Arr. Cass.* 1991-92, 108; Cass. 31 oktober 1975, *Arr. Cass.* 1976, 287; Arbh. Luik 16 september 2005, *JTT* 2006, 46. Zie weliswaar Cass. 6 oktober 1997, *RW* 1998-99, 779, noot R. RAUWS. Dit arrest oordeelde dat een (wettelijke) beperking van het ontslagrecht tot dringende reden het opzeggingsrecht niet uitsluit, maar alleen bemoeilijkt. Men mag echter niet uit het oog verliezen dat deze beslissing gebaseerd is op een *lex specialis* die een vastheid van betrekking oplegde aan de werkgever. De bodemrechter oordeelde dat de sanctie alleen werd bepaald door de bepalingen inzake de opzegtermijnen en vergoedingen van de arbeidswet. Het Hof doet niet meer dan vaststellen dat de werknemer recht heeft op een bijkomende vergoeding wegens de niet-nakoming van een

opzeggingsrecht immers alleen maar beperken en niet uitsluiten. De relatie van onbepaalde duur kan hierbij dan ook zonder sanctie worden opgezegd (behoudens de hypothese van rechtsmisbruik).

De vereiste van een omvattend opzeggingsrecht hoeft niet te verbazen. De beperking van het opzeggingsrecht tot specifieke gronden betekent immers dat de contractuele relatie uitsluitend opzegbaar zou zijn indien één van die gronden effectief voorhanden is. Dit verleent de overeenkomst een potentieel onbeperkte duur aangezien het niet zeker is dat één van die gronden ooit vervuld zal zijn (bv. dat er ooit aanleiding zal zijn tot een ontslag om dringende reden). Deze gebeurtenissen doen bijgevolg geen dienst als uitdovende termijnen. De belofte om de contractuele relatie niet op te zeggen behoudens specifieke omstandigheden kan wel geldig zijn indien geen afstand wordt gedaan van het opzeggingsrecht als dusdanig, bijvoorbeeld omdat het slechts voor een beperkte duur geldt.

**518. Ongebreideldheid of redelijkheid van het opzeggingsrecht?** De eenzijdige opzegbaarheid belangt de openbare orde aan bij contractuele relaties van onbepaalde duur. De partijen mogen er dan ook geen afstand van doen<sup>1813</sup>. Uit de vaststelling dat een bepaalde regel de openbare orde raakt<sup>1814</sup>, kan echter niet worden afgeleid dat om het even welke contractuele afspraak over deze regel *ipso facto* in strijd is met de openbare orde<sup>1815</sup>. De ongebreideldheid van het opzeggingsrecht is dan ook slechts een uitgangspunt.

Gégout verwoordt dit als volgt: “Il ne suffit pas de savoir qu’une règle est d’ordre public pour en déduire que toute convention intéressant cette règle porte atteinte à l’ordre public. La loi d’ordre public n’empêche pas les particuliers de contracter sur les matières qu’elle réglemente; les conventions conclues doivent seulement respecter l’impératif légal. [...] Il importe, en chaque cas révélé par la pratique, de se demander si l’acte juridique en cause, qui porte sur une disposition d’ordre public, heurte ou non l’essentiel de cette règle, s’il encourt ou non les sanctions qui frappent la sanction de l’ordre public. En d’autres termes, il est nécessaire, dans chaque cas particulier, de procéder à une confrontation entre les intérêts supérieurs dont l’ordre public assure la sauvegarde, et les intérêts qui s’attachent à la validité de l’acte. [...] Dans cette confrontation, le juge a un rôle primordial: son appréciation tient compte du but poursuivi par les parties pour le comparer aux exigences des intérêts supérieurs exprimés par la règle d’ordre public”<sup>1816</sup>.

---

verbintenis in hoofde van de werkgever om de werknemer niet te ontslaan behoudens dringende reden (m.a.w. wegens de inbreuk op de vastheid van betrekking voorzien in de bijzondere wet). Deze vastheid van betrekking had dan ook niet tot doel om de opzegging onmogelijk te maken in andere gevallen dan het ontslag om dringende reden.

<sup>1813</sup> Th. DELAHAYE, 125, nr. 105.

<sup>1814</sup> Wat in het privaatrecht het geval is voor regels die de juridische grondslagen vormen waarop de economische of morele orde van de samenleving berust (Cass. 19 maart 2007, RW 2007-08, 533, noot J. DU MONGH en C. DECLERCK).

<sup>1815</sup> Cass. 16 oktober 1969, Arr. Cass. 1970, 167. Zie tevens Cass. 2 april 1936, Pas. 1936, I, 208.

<sup>1816</sup> M. GÉGOUT, “Art. 6. Fasc. I: Ordre public et bonnes moeurs”, *JurisClasseur*, nr. 68. Zie tevens R. JAPIOT, *Les nullités en matière d’actes juridiques*, Parijs, Rousseau, 1909, 307; J. DE CONINCK, “Toetsing van de geoorloofdheid van een overeenkomst: de openbare orde herbekeken”, *TBBR* 2004, (301) 315-317 (deze auteur stelt vast dat rechtspraak kiest voor een pragmatische benadering en pleit voor een toetsing van de gevolgen van de overeenkomst aan de openbare orde in plaats van de klassieke criteria van het voorwerp en de oorzaak van de overeenkomst).

De concretisering van een abstracte regel die de openbare orde aanbelangt is aanvaardbaar zolang deze uitwerking de kern van de regel respecteert<sup>1817</sup>. Voor het opzeggingsrecht is dit het geval indien de partijen blijven beschikken over een reële mogelijkheid om de contractuele relatie te beëindigen. De persoonlijke vrijheid van de partijen komt niet in het gedrang indien de opzegging wordt onderworpen aan redelijke modaliteiten die een daadwerkelijke uitoefening van het opzeggingsrecht niet uitsluiten<sup>1818</sup>. De beëindigingsmodaliteiten dienen dan ook te worden getoetst op hun reële impact op de vrijheid van de partijen<sup>1819</sup>. Het recht op de *eenzijdige beëindiging* van een contractuele relatie van onbepaalde duur, hoeft kortom niet steeds te resulteren in een recht op een *beëindiging met onmiddellijke werking*.

**519. Afdwingbaarheid van de contractuele opzegmodaliteiten: drie fases.** Bij de sanctionering van contractuele opzegmodaliteiten moet eerst worden onderzocht of de clause geldig is. Indien vaststaat dat de modaliteiten geldig zijn, moet worden nagegaan of zij effectief werden nageleefd. Ten slotte moet, indien dat niet het geval was, worden onderzocht hoe de miskenning wordt gesanctioneerd.

**520. Geldigheid van gecontractualiseerde opzegmodaliteiten.** Bij de eerste vraag wordt nagegaan of de partijen hun opzeggingsrecht wel op die manier mochten uitwerken. De geldigheid van contractuele opzeggingsmodaliteiten ligt zeer gevoelig bij contractuele relaties van onbepaalde duur. Het bindende karakter van opzegmodaliteiten komt namelijk in conflict met de vrijheid van de partijen. Deze vraag moet niettemin principieel bevestigend worden beantwoord, ook voor contractuele relaties van onbepaalde duur. Contracteren over het opzeggingsrecht is toegestaan omdat niet elke afspraak over een recht dat de openbare orde aanbelangt *ipso facto* ongeldig is (cf. *supra* randnr. 518)<sup>1820</sup>. Zo oordeelde het Hof van Cassatie dat een clause die de opzegging van dergelijke contractuele relaties van onbepaalde duur bemoeilijkt, maar niet onmogelijk maakt, geldig en bindend is en dus niet strijdig is met de openbare orde. Deze clauses zijn op zichzelf niet aangetast door een ongeldige oorzaak<sup>1821</sup>. De bodemrechter beschikt over een appreciatiemarge die hem toelaat te oordelen of de regeling bestemd is om de uitoefening van het

---

<sup>1817</sup> Vgl. met de onderhoudsverplichting voor kinderen waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen de verplichting tot onderhoud (*obligatio*) en de concrete uitwerking van de onderhoudsbijdrage (*contributio*). Alleen de *obligatio* raakt de openbare orde. Over de *contributio* kan worden gecontracteerd (Gent 9 november 2006, *NjW* 2007, 706, noot GV; Gent 15 januari 2001, *TWVR* 2001, 37; Rb. Antwerpen 10 februari 2006, *T. Strafr.* 2007, 121). Zie tevens het onderscheid tussen de *pouvoir* de résiliation unilatérale en het *droit* de rupture (M. PAPIER-JAMOULLE, “Droit et pouvoir de résiliation unilatérale dans le louage de service” (noot onder Cass. 16 oktober 1969), *RCJB* 1970, (530) 535, nr. 5; Th. DELAHAYE, 125, nr. 105). Zie en vgl. verder nog de analyse van del Marmol over het recht op vrije mededinging: Ch. DEL MARMOL, *JT* 1953, (65) 65-66.

<sup>1818</sup> Cass. 16 oktober 1969, *Arr. Cass.* 1970, 167 en *RCJB* 1970, 527, noot M. PAPIER-JAMOULLE; Kh. Gent 3 november 2003, *TGR-TWVR* 2004, 110.

<sup>1819</sup> Arbh. Antwerpen 21 oktober 1998, *JTT* 1999 (verkort), 464 (opzegmogelijkheid met verplichting tot overname van een geleasde wagen indien opzegging door de werknemer – toetsing in het licht van art. 6 Arbeidsovereenkomstenwet).

<sup>1820</sup> Cass. 16 oktober 1969, *Arr. Cass.* 1970, 167 en *RCJB* 1970, 527, noot M. PAPIER-JAMOULLE.

<sup>1821</sup> Cass. 16 oktober 1969, *Arr. Cass.* 1970, 167 en *RCJB* 1970, 527, noot M. PAPIER-JAMOULLE.

opzeggingsrecht te verhinderen dan wel om de rechtmatige belangen van de opgezegde partij te beschermen<sup>1822</sup>.

**521. Sanctionering van de opzegmodaliteiten.** Eens vastgesteld dat de opzegmodaliteit geldig is en dat zij niet werd nageleefd, rijst de vraag hoe deze wanprestatie wordt gesanctioneerd. De miskenning van een gecontractualiseerd opzeggingsrecht kan op drie manieren worden benaderd. In de minst verregaande manier legt het beding slechts de omstandigheden vast waarin de opzegging -volgens de partijen en ten tijde van de contractsluiting- niet gepaard gaat met enig misbruik. Het opzegbeding vervult hierbij de rol van een *exoneratiebeding* dat het principiële opzeggingsrecht op geen enkele manier aantast. De naleving van deze voorschriften impliceert dat de opzegging rechtmatig gebeurde (zie weliswaar de nuance in randnr. 514). Hieruit kan niet *a contrario* worden afgeleid dat de miskenning van de bedongen modaliteiten resulteert in de ongeldigheid van de opzegging. De opgezegde partij moet nog steeds een contractuele fout en de door haar geleden schade aantonen. In de tussenpositie legt het opzegbeding een *verplichting tot naleving van de opzegmodaliteiten op die wordt gesancioneerd met schadevergoeding*. De miskenning van het beding komt neer op een contractuele fout die een recht op schadevergoeding opent. In laatste instantie is het *opzegbeding afdwingbaar in natura*, zodat de niet-naleving leidt tot de ongeldigheid van de opzegging of tot uitstel van de datum waarop de contractuele relatie eindigt.

Het Hof van Cassatie oordeelde in een arrest van 1973 dat een contractuele relatie van onbepaalde duur in de regel op elk ogenblik en door iedere partij kan worden beëindigd. Een contractueel beding dat de verplichting oplegt om in bepaalde gevallen een opzegtermijn in acht te nemen, doet daar volgens het Hof niets aan af<sup>1823</sup>. De miskenning van deze opzegmodaliteit levert uitsluitend een grond tot schadevergoeding op<sup>1824</sup>. Deze beslissing is gesteund op het standpunt dat een eenzijdige opzegging het onmiddellijke tenietgaan van de overeenkomst met zich meebrengt. De loutere vaststelling van het onrechtmatige karakter van de opzegging kan hierdoor de overeenkomst geen nieuw leven meer inblazen. Gevolg daarvan is dat de uitvoering in natura van de overeenkomst en de uitvoering bij equivalent onmogelijk zijn. Dit arrest is de bevestiging van een stellingname die het Hof al een

---

<sup>1822</sup> Cf. Kh. Gent 3 november 2003, *TGR-TWVR* 2004, 110.

<sup>1823</sup> Cass. 9 maart 1973, *Pas.* 1973, I, 640; zie tevens Cass. 22 november 1973, *Pas.* 1974, I, 312

<sup>1824</sup> Zo zijn de partijen in staat om een minimum opzegtermijn te bedingen: Cass. 9 maart 1973, *Pas.* 1973, I, 640; Cass. 27 oktober 2000, *Arr. Cass.* 2000, 585; Antwerpen 13 februari 1996, *DAOR* 1996, 57, noot G. BOGAERT en Y. VAN COUTER en *TBH* 1997, 373, noot P. MAEYAERT en J. VAN EECKHAUTE (een beding in een alleenverkoopovereenkomst dat een opzeggingstermijn van 'tenminste één jaar' inhoudt, is niet strijdig met art. 6 Alleenverkoopwet. De partijen hebben zich enkel tot een minimum verbonden en de ruimte gelaten om conform art. 6 Alleenverkoopwet de werkelijke duur van de opzeggingstermijn bij de beëindiging van de overeenkomst te bepalen. De verplichting hierbij het overeengekomen minimum in acht te nemen staat de toepassing van de Alleenverkoopwet niet in de weg). Een dergelijke duur wordt echter niet vatbaar geacht voor een handhaving in natura (Cass. 28 juni 1979, *Arr. Cass.* 1978-79, 1303; Cass. 19 januari 1984, *Pas.* 1984, I, 540, en Cass. 6 november 1987, *Arr. Cass.* 1987-88, 310).

decennium eerder had ingenomen bij arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde duur<sup>1825</sup>.

Een deel van de lagere rechtspraak leidt uit dit arrest af dat de partijen geen bindende afspraken kunnen overeenkomen over de uitoefening van het opzeggingsrecht<sup>1826</sup>. Noch de uitvoering in natura, noch de uitvoering bij equivalent zijn immers mogelijk. Deze afspraken zouden zich uitsluitend kunnen toespitsen op de uitsluiting van rechtsmisbruik bij de opzegging<sup>1827</sup>. Het opzegbeding vervult dan de rol van exoneratiebeding dat vastlegt in welke omstandigheden de opzegging zeker niet onrechtmatig is volgens de contractspartijen, zonder te impliceren dat een opzegging met miskenning van het opzegbeding noodzakelijkerwijze onrechtmatig is.

Dit gaat echter in tegen de bindende kracht van het opzegbeding en tegen het in eerdere cassatierechtspraak geponeerde principe dat het opzeggingsrecht vatbaar is voor redelijke beperkingen. Bovendien valt niet in te zien waarom het extinctieve effect van de opzegging zelfs de uitvoering bij equivalent van het opzeggingsbeding onmogelijk zou maken. De overeenkomst blijft immers gelden als referentiekader voor de beoordeling van het gedrag van de partijen binnen de contractuele relatie. De onrechtmatig opzeggende partij miskent dit referentiekader bij haar opzegging en treedt bijgevolg buiten haar beslissingsbevoegdheid<sup>1828</sup>. Het doorslaggevende criterium bij de modalisering van het opzeggingsrecht is dat de partijen over een reëel opzeggingsrecht moeten blijven beschikken. Opzegbedingen moeten bijgevolg bindende afspraken kunnen bevatten voor de beëindiging van de contractuele relatie zolang zij de uitoefening van het opzeggingsrecht niet buitensporig hinderen. Dit kan bijvoorbeeld gebeuren in de vorm van werkzekerheidsbedingen in een arbeidsrelatie. Deze bedingen modaliseren het opzeggingsrecht van de werkgever zonder het uit te sluiten. De werkgever verbindt er zich slechts toe om een bepaalde (schade)vergoeding te betalen voor de uitoefening van zijn opzeggingsrecht (bv. wanneer dit binnen een bepaalde termijn gebeurt). Het cassatiearrest van 1973 kan dan ook zo worden opgevat dat de contractuele basisverhouding onmiddellijk een einde neemt, maar dat de clausules die de opzegging regelen zonder het opzeggingsrecht buitensporig te beperken van kracht blijven. Zij kunnen immers autonoom van deze basisverhouding opereren (*infra* randnr. 534 *et seq.*). De miskenning van deze bedingen is een contractuele fout die minstens leidt tot schadevergoeding in de zin van artikel 1149 BW.

---

<sup>1825</sup> Cass. 21 juni 1962, *Pas.* 1962, I, 1197 (“Qu’en effet, entraînant l’extinction immédiate du contrat, [la résiliation unilatérale] rend juridiquement impossible le recours à l’exécution forcée de celui-ci, fût-ce par equivalent, et ne laisse place qu’à l’action en réparation du préjudice résultant de la résiliation unilatérale sans préavis ni juste motif”).

<sup>1826</sup> Kh. Brussel 2 december 2004, *RW* 2006-07, 574.

<sup>1827</sup> Bergen 16 oktober 1984, *TBH* 1985, 636, noot C. PARMENTIER. Cf. voor deze stelling L. CORNELIS, “De duur van het contract met opeenvolgende prestaties”, 1991, (39) 76-77, nr. 28.

<sup>1828</sup> Zie wat het principe van deze onwerkzaamheid betreft: P. ANCEL, “Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat”, voetnoot 114 in combinatie met nrs. 41 en 42 (“[...] la résiliation abusive d’un contrat à durée indéterminée n’est pas substantiellement différente de la résiliation interdite d’un contrat à durée déterminée”). Zie naar Belgisch recht o.m.: F. VERMANDER, “De schorsingsbevoegdheid van de (kortgeding)rechter in contractuele aangelegenheden”, (181) 205-206 en 214-215.



Bij arbeidsovereenkomsten kan het bedrag van deze vergoeding hoger liggen dan de wettelijk verschuldigde opzegvergoeding<sup>1829</sup>. Het bestaat echter niet noodzakelijk uit de betaling van het loon berekend op het resterende gedeelte van de te respecteren werkzekerheidsperiode, al kunnen de partijen hierover wel een contractuele regeling stipuleren<sup>1830</sup>. De schade wordt bij gebrek aan contractuele regeling slechts begroot op basis van de werkelijk te verwachten schade en het valt niet steeds uit te sluiten dat de contractuele relatie om een andere reden beëindigd zou geweest zijn vóór het verstrijken van de voorziene minimumduur. Dit sluit op zijn beurt echter niet uit dat de schade *in concreto* toch blijkt samen te vallen met het bedrag dat uit deze berekeningswijze voortvloeit.

Ten slotte kan ook hier de vraag worden opgeworpen of de beëindiging van de contractuele relatie daadwerkelijk een handhaving van het opzegbeding onmogelijk maakt. De quasi-unanieme opvatting in de rechtspraak is dat een dergelijke maatregel inderdaad uitgesloten is nadat de contractuele relatie werd verbroken (*cf. supra* randnr. 504). Deze analyse beperkt de contractsvrijheid van de partijen verder dan wat strikt noodzakelijk is voor het verbod op eeuwigdurende verbintenissen. Er is geen fundamenteel verschil te bespeuren tussen de vrijheid van partijen die bijvoorbeeld gebonden zijn aan een contractuele relatie van vijf jaar die niet eenzijdig opzegbaar is dan wel aan een contractuele relatie die pas eenzijdig opzegbaar wordt na vijf jaar. Het enige verschil is dat de partijen bij de eerste overeenkomst hun samenwerking zonder opzeg automatisch laten stopzetten bij het verstrijken van de termijn, daar waar de partijen in het tweede geval de overeenkomst zelf moeten opzeggen. In beide gevallen kunnen de partijen gedurende een bepaalde tijd tegen hun (latere) wil in gebonden blijven, zonder dat zij op enige wijze tegen hun (latere) wil in eeuwigdurend gebonden zullen zijn. De aanwezigheid van een opzeggingsrecht voorkomt een eeuwigdurende gebondenheid ook al is dit recht gedurende enige tijd opgeschort. Er kan in dat opzicht worden gesteld dat opzegbedingen principieel te respecteren zijn door de partijen en de rechter<sup>1831</sup>, tenzij wordt aangetoond dat één van de partijen niet beschikt over een reëel opzeggingsrecht terwijl zijn voortdurende gebondenheid zou indruisen tegen de openbare orde.

**522. Bepaaldheid in een tijdvak van onbepaalde duur: opschorting van het opzeggingsrecht gedurende een bepaalde termijn (de “conventionele minimumduur”).** Partijen die geen relatie van bepaalde duur wensen aan te gaan, maar niettemin de stabiliteit van hun relatie enige tijd willen veilig stellen, kunnen dit doen via het stipuleren van een minimumduur. Dat resulteert in de tijdelijke opschorting van het opzeggingsrecht waarover de partijen principieel beschikken in het raam van een relatie van onbepaalde duur. Deze tijdsbepaling is van bepaalde duur in de zin dat het opzeggingsrecht automatisch wordt gereactiveerd op het moment dat de tijdsbepaling verstrijkt (en desgevallend terug in werking treedt in een latere fase

---

<sup>1829</sup> P. HORION, “De la compatibilité des clauses qui, dans un contrat de travail ou dans un contrat d’emploi, établissent l’une un terme et l’autre un droit de résiliation unilatérale”, *RCJB* 1964, (227) 241.

<sup>1830</sup> Cass. 15 december 1980, *JTT* 1981, 134.

<sup>1831</sup> In die zin Voorz. Kh. Brussel 17 september 1985, *RW* 1985-86 (de rechter in kort geding acht het beroep op een clausule die voorziet in de beëindiging zonder opzeg *prima facie* ongegrond en past in plaats daarvan het beding toe dat voorziet in een opzegtermijn van één maand).

van de uitvoering van de overeenkomst). Als deze tijdsbepaling al een uitdovende werking zou hebben<sup>1832</sup>, blijft deze beperkt tot (de opschorting van) het opzeggingsrecht als dusdanig. Zij strekt zich niet uit tot de verbintenis ten aanzien waarvan dit opzeggingsrecht geldt. De beëindiging van deze laatste vereist nog steeds de actieve tussenkomst van één van de partijen in de vorm van een opzegging.

De minimumduur wijzigt het karakter van de relatie niet. Zij blijft van bepaalde<sup>1833</sup> of onbepaalde duur. Hieruit werd in het verleden afgeleid dat de minimumduur geen volwaardige tijdsbepaling is<sup>1834</sup> en dat de relatie ondanks de aanwezigheid van een minimumduur steeds opzegbaar blijft<sup>1835</sup>. Deze stelling kan niet worden gevolgd in het gemene recht. De weerslag op de vrijheid van de partijen van een tijdelijke schorsing van het opzeggingsrecht verschilt in wezen niet van de impact van een uitdovende termijn die rechtstreeks betrekking heeft op de contractuele relatie. Beide tijdsbepalingen zijn slechts problematisch indien zij de vrijheid van de partijen op buitensporige wijze beperken en daardoor in conflict komen met het verbod op eeuwigdurende verbintenissen. De loutere vaststelling dat de minimumduur een beperking aanbrengt op de vrijheid om op te zeggen, zou bijgevolg niet mogen volstaan om te besluiten tot de ongeldigheid ervan<sup>1836</sup>.

**523. Vijfde vraag: moet een bedongen termijn steeds een automatisch uitdovend karakter hebben t.a.v. de contractuele relatie als dusdanig?** Hierboven werd vastgesteld dat de partijen ook bij verbintenissen van onbepaalde duur afdwingbare beperkingen zouden moeten kunnen aanbrengen op hun opzeggingsrecht in de vorm van een minimumduur of van een periodieke schorsing van het opzeggingsrecht. Dit wijst erop dat partijen bindende termijnen moeten kunnen bedingen voor de uitoefening van het opzeggingsrecht zonder uitdovend karakter t.a.v. de contractuele relatie. De contractuele relatie kan dan periodes bevatten waarin het opzeggingsrecht is opgeschort. Dat de effectieve uitdoving van deze contractuele relaties een actieve tussenkomst van één van de partijen vereist is geen onoverkomelijk bezwaar aangezien (en in de mate dat) dit niet per definitie resulteert in een onredelijke beperking van de partijvrijheid.

#### 4.6.4.2 Opzegmodaliteiten bij verbintenissen van bepaalde duur

**524. Invloed van het verbod op eeuwigdurende verbintenissen?** Contractuele relaties van bepaalde duur hoeven niet te voorzien in een opzeggingsrecht voor zover niet *ab initio* vaststaat dat de partijen zich verbinden voor een buitensporig lange duur

---

<sup>1832</sup> Men kan ook stellen dat er geen uitdovende werking is, maar dat het stipuleren van een minimumduur resulteert in een gedeeltelijke bepaling van het voorwerp (cf. A. ETIENNEY, 591, nr. 798).

<sup>1833</sup> Het hoeft geen betoog dat de partijen een conventioneel opzeggingsrecht kunnen koppelen aan een opschortende termijn of aan bepaalde schorsingsgronden.

<sup>1834</sup> Zie in het arbeidsrecht: Arbh. Gent (afd. Brugge) 3 februari 1988, *RW* 1987-88, 1130; Arbh. Brussel 2 februari 1983, *Soc. Kron.* 1984, 282; Arbh. Antwerpen 25 juni 1979, *JTT* 1981, 148.

<sup>1835</sup> L. CORNELIS, "De duur van het contract met opeenvolgende prestaties", (39) 75, nr. 26.

<sup>1836</sup> Volgens Etienney gaat het hier om een *durée obligatoire, mais non "extinctive"* (A. ETIENNEY, 591, nr. 798).

(cf. *supra* randnr. 428). Dit sluit niet uit dat de partijen via hun wilsautonomie alsnog een opzeggingsmogelijkheid inbouwen. Dit kan ook hier gebeuren door te voorzien in een minimumduur of door de uitwerking van formaliteiten die de uitoefening van het opzeggingsrecht modaliseren. De opzeggingsmogelijkheden hoeven evenwel niet te voldoen aan de minimumvereisten die van toepassing zijn op contractuele relaties van onbepaalde duur<sup>1837</sup>.

**525. Afdwingbaarheid van het opzegbeding.** Bij verbintenissen van bepaalde duur rijst geen bezwaar tegen de principiële handhaving in natura van de opzegmodaliteiten<sup>1838</sup>. Deze afspraken gelden namelijk als wet tussen de partijen en de handhaving in natura ervan brengt de vrijheid van de partijen als dusdanig niet op onrechtmatige wijze in het gedrang. De opzeggende partij beschikt bijgevolg niet over enige opzeggingsbevoegdheid en zijn opzegging blijft dan ook onwerkzaam<sup>1839</sup>. De rechter kan via een toetsing *a posteriori* nagaan of de opzeggende partij bevoegd was om op te zeggen en, zo ja, of de opzegmodaliteiten werden miskend en of sprake is van rechtsmisbruik<sup>1840</sup>. De opzegging is daarbij vatbaar voor vernietiging indien de partij niet bevoegd was of indien de modaliteiten niet correct werden nageleefd. Zij is tevens vatbaar voor matiging indien de uitoefening gepaard ging met rechtsmisbruik.

---

<sup>1837</sup> Dit betekent niet dat een onvoorwaardelijk opzeggingsrecht steeds geldig is bij overeenkomsten van bepaalde duur. Zo mag de opzegmogelijkheid niet in conflict komen met het wederkerige karakter van de overeenkomst onder bezwarende titel. Zij mag er met andere woorden niet op neerkomen dat de partij die het opzegrecht geniet zich in werkelijkheid tot geen enkele prestatie heeft verbonden, terwijl dat wel het geval is voor zijn medecontractant. Dit kan het geval zijn voor geheimhoudingsovereenkomst (*supra* randnr. 484). Daarom wordt gesteld dat het opzeggingsrecht niet volstrekt potestatief mag zijn voor één van de partijen op straffe van een herkwalificatie naar een overeenkomst van onbepaalde duur (C. CORGAS-BERNARD, “La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée en droit français”, (181) 202, nr. 42; België: B. KOHL, “La prorogation et la reconduction du contrat”, (265), 271-272, nr. 9; zie tevens C. BLOUD-REY, 398-399). Op zich is een verbrekingsrecht zonder tegenprestatie weliswaar niet problematisch (Rb. Brussel 19 juni 1989, *T. Aann.* 1990, 395) zolang het voorwerp van de overeenkomst niet wordt uitgehold. Het feit dat bij een overeenkomst van bepaalde duur één van de partijen wel en de andere partij niet over een opzeggingsrecht kan beschikken is evenmin problematisch. Eenzijdige contractuele opzeggingsrechten miskennen het principe van de bindende kracht van de overeenkomst in de zin van artikel 1134 BW als dusdanig niet. De bindende kracht van de overeenkomst vereist net dat de partij die zich onderwierp aan het opzeggingsrecht van haar medecontractant de gevolgen van deze keuze ondergaat. Men dient er wel zorg voor te dragen dat het opzegbeding verenigbaar is met de premissen die leiden tot deze bindende kracht. Overeenkomsten met opzegbeding moeten met andere woorden, zoals elke overeenkomst, voldoen aan de gemeenrechtelijke geldigheidsvereisten en eventuele bijzondere wettelijke voorschriften die gelden voor de overeenkomst in kwestie. Het opzegbeding mag bijvoorbeeld niet het reële of geoefloofde karakter van het voorwerp of de oorzaak van de prestaties uithollen (cf. P. DELEBECQUE, “L’anéantissement unilatéral du contrat” in Ch. JAMIN en D. MAZEAUD (eds.), *L’unilatéralisme et le droit des obligations*, Parijs, Economica, 1999, (61) 66, nr. 14: “La bilatéralité dans l’unilatéralité devrait permettre de respecter l’équilibre contractuel et plus fondamentalement le principe de la force obligatoire du contrat”). Zo moet elke partij in een wederkerige overeenkomst zich wel degelijk tot een prestatie verbinden (cf. artt. 1101, 1102 en 1126 BW). Deze prestatie kan er bijvoorbeeld ook in bestaan dat een partij zich tegen betaling kan losmaken van de overeenkomst zonder levering van de door haar beloofde basisprestatie (d.i. het zogenaamde *clause de dédit*).

<sup>1838</sup> P. WERY, “L’acte unilatéral destiné à mettre fin à une convention en l’absence de faute de l’autre partie”, (255) 304, nr. 45.

<sup>1839</sup> Cf. P. ANCEL, “Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat”, nrs. 41 en 42 (“[...] la norme contractuelle prévoyant la poursuite du contrat pendant une certaine durée s’impose à lui et la résiliation de son engagement avant le terme doit être sans effet”).

<sup>1840</sup> Kh. Turnhout 6 december 1996, *TBBR* 1999, 69.

De miskenning of het misbruik van de opzegmodaliteiten zijn immers gedragingen die niet stroken met de opzegbevoegdheid van de partijen.

#### 4.6.4.2.1 Opzegmogelijkheid gebaseerd op objectieve elementen

**526. Voor de informatieontvanger: opzegmogelijkheid voor geheimplichtige bij het wegvallen van het nut van de informatie.** Het volgende opzegbeding opent het recht voor de *informatieontvanger* om de contractuele relatie te beëindigen indien hij geen nut meer haalt uit de informatie.

**Voorbeeld:** “Si sur le territoire contractuel, apparaissait un know-how ou une invention concurrente dont les avantages seraient de nature à faire perdre tout intérêt au contrat, le preneur, à charge d’en rapporter la preuve, aura le droit de mettre fin au contrat moyennant préavis de [...]”<sup>1841</sup>.

Dit opzegbeding is uiterst nadelig voor de informatieverstrekker. De vaststelling dat de informatie niet langer nuttig is voor de informatieontvanger impliceert immers niet dat ook de informatieverstrekker elk nut bij de geheimhouding heeft verloren. Vertrouwelijkheid en nut zijn relatieve en geen absolute gegevens. Het is bijgevolg mogelijk dat het geheime karakter of het nut van de informatie globaal genomen behouden blijft. Zo kan de introductie van concurrerende *knowhow* beperkt blijven tot de specifieke geografische locatie of industrietak van één licentienemer. Indien de licentienemer zich vervolgens volledig kan bevrijden van elke verplichting, riskeert de informatie haar geheime karakter of nut ook sneller te verliezen voor de andere licentienemers. Bovenstaande clausule is daarom af te raden in de mate dat haar werking zich uitstrekt tot de geheimhoudingsplicht. Het risico is te groot dat een dergelijk ruim opzeggingsrecht doorwerkt naar de andere licentieovereenkomsten die werden aangegaan door de meester van het geheim. De clausule is wel overwegenswaard indien het opzeggingsrecht beperkt blijft tot de beëindiging van de contractuele basisverhouding. Bij licentieovereenkomsten is dat de eventuele verplichting voor de licentienemer om de vertrouwelijke informatie daadwerkelijk te gebruiken en om daar royalty's voor te betalen. Deze oplossing houdt het midden tussen de belangen van de licentiegever (de geheimhoudingsplicht wordt in die hypothese niet aangetast door de opzegging) en de licentienemer (die geen royalty's meer hoeft te betalen voor informatie waar hij toch geen concurrentieel voordeel meer uit haalt).

**527. Voor de informatieverstrekker: opzegmogelijkheid van de contractuele basisverhouding ter vrijwaring van de economische waarde van het geheim.** Een eenzijdige opzegmogelijkheid van de geheimhoudingsplicht staat een duurzame bescherming van het geheim in de weg. Men mag echter niet uit het oog verliezen dat de opzegging partieel kan zijn. Zij kan zich toespitsten op contractuele elementen die los staan van de geheimhoudingsplicht. Zo kan het opzeggingsrecht beperkt blijven tot de beëindiging van het *disclosure window*. De opzegging werkt dan niet door naar de geheimhoudingsduur. De meester van het geheim kan deze opzegmogelijkheid

---

<sup>1841</sup> F. NAMOUR, 185-186, nr. 436.

bedingen voor de economische vrijwaring van zijn geheim. Zo kan een licentiegever zich het recht voorbehouden om de contractuele basisverhouding (d.i. de licentie als dusdanig) op te zeggen met behoud van de geheimhoudingsplicht indien de licentienemer de techniek niet of niet behoorlijk uitbaat. Dit is vooral aangewezen indien zijn licentievergoeding afhankelijk is van de omzet of winst die wordt behaald door de uitbating van de in licentie gegeven techniek. Een ander motief voor de bescherming van de economische waarde is de hypothese waarin de contractuele basisverhouding wordt beëindigd wegens een lek van vertrouwelijke informatie dat terug te leiden is naar de informatieontvanger of naar personen waarvoor deze instaat.

Het staat de partijen vrij om de drempels te bepalen voor de activering van dit opzeggingsrecht. Zij kunnen bijvoorbeeld specificeren dat de niet-naleving van de contractuele voorschriften (al dan niet) ernstig of (al dan niet) foutief moet zijn<sup>1842</sup>. Lage opzegdrempels zijn voordelig voor de informatieverstrekker, maar riskeren onrealistische verplichtingen te leggen op de schouders van de informatieontvanger. Dit kan leiden tot de nietigheid van de overeenkomst indien *ab initio* duidelijk had moeten zijn dat de drempels onmogelijk na te leven waren. Deze nietigheid kan voortvloeien uit het gebrek aan oorzaak in hoofde van de informatieontvanger<sup>1843</sup> of uit het gebrek aan een geleverd voorwerp in hoofde van de informatieverstrekker<sup>1844</sup>.

4.6.4.2.2 Behoud kwalificatie bepaalde duur van de geheimhoudingsplicht ondanks onbepaalde duur van de contractuele basisverhouding

**528. Geldigheid van postcontractuele uitlooptermijnen voor de geheimhoudingsplicht bij basisverhoudingen van onbepaalde duur.** De geheimhoudingsduur kan in een eerste fase gekoppeld zijn aan een contractuele basisverhouding van onbepaalde duur. De opzegging van deze basisverhouding is dan het startpunt van een tweede, postcontractuele fase van *bepaalde duur* voor de geheimhoudingsplicht.

**Voorbeeld:** “7.1 This Agreement will continue until terminated by either party upon that party or by either giving 30 days written notice to the other that the Agreement is terminated. [...]”

7.3 The obligations of confidentiality in this Agreement will continue to apply for a period of 3 (three) years following termination of this Agreement”<sup>1845</sup>.

<sup>1842</sup> J.M. MOUSSERON, 641, nr. 1754.

<sup>1843</sup> Vgl. Cass. 1<sup>e</sup> civ. (fr.) 3 juli 1996, *D* 1997, 500, noot P. REIGNE (“attendu qu’ayant relevé que, s’agissant de la location de cassettes vidéo pour l’exploitation d’un commerce, l’exécution du contrat selon l’économie voulue par les parties était impossible, la cour d’appel en a exactement déduit que le contrat était dépourvu de cause, dès lors qu’était ainsi constaté le défaut de toute contrepartie réelle à l’obligation de payer le prix de location des cassettes, souscrite par M. et Mme Piller dans le cadre de la convention de création d’un ‘point club vidéo’”). Dit veronderstelt dat een gesubjectieerde oorzaak (zoals de door de partijen beoogde “économie van het contract”) in aanmerking komt voor de toetsing van artikel 1131 BW – zie J. ROCHFELD, “Cause”, *Rép. civ. Dalloz* januari 2005, 21-22 en *Cause et type de contrat*, Parijs, LGDJ, 1999, 472, nr. 471 *et seq. cf.* art. 1125 van het France Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit à la prescription, Rapport à Monsieur Pascal Clément, 22 september 2005 (“est réputée non écrite toute clause inconciliable avec la réalité de la cause”).

<sup>1844</sup> *Cf.* m.b.t. exoneratiebedingen die het voorwerp van de overeenkomst uithollen: Cass. 23 november 1987, *Arr. Cass.* 1987-88, 371; Cass. 27 september 1990, *RW* 1990-91, 854.

<sup>1845</sup> <http://www.companyfusion.com/subsectors>.

Deze gefaseerde tijdsbepaling resulteert niet noodzakelijk in een verplichting van onbepaalde duur, ook al is de duur van de eerste fase afhankelijk van een eenzijdige wilsuiking. De duur van verbintenissen dient namelijk op individuele basis te worden getoetst. De geheimhoudingsplicht als dusdanig blijkt daarbij nog steeds begrensd te zijn door een maximumduur, zijnde de natuurlijke levensduur van het geheim (*supra* randnr. 467). Het onbepaalde karakter van de eerste fase leidt dan ook tot onzekerheid over de duur van de geheimhoudingsplicht, maar deze blijft door de aanwezigheid van een maximumduur beperkt tot de concrete duur van de contractuele relatie. Dit staat een kwalificatie van de verbintenis als van bepaalde duur niet in de weg, zodat de nood aan een eenzijdig opzeggingsrecht niet rijst ten opzichte van de geheimhoudingsplicht. Wanneer de ruimere visie wordt gehanteerd omtrent de openbare orde, hoeft een geheimhoudingsplicht zelfs niet te worden begrensd door beroep te doen op een impliciete tijdsbepaling *certus an, incertus quando*. Het volstaat in die hypothese dat de geheimhoudingsplicht niet eeuwigdurend kan zijn tegen de (eenzijdige) wil in van de partijen. Dit in de geciteerde clause niet het geval aangezien zij hier met zekerheid eindigt drie jaar na de opzegging van de contractuele basisverhouding. De hierboven beschreven redelijkheidstoets van de opzegmodaliteiten (*supra* randnr. 515 *et seq.*) verhindert dan nog steeds dat de vrijheid van de opzeggende partij op onaanvaardbare wijze in het gedrang komt.

**529. Verlengings- en vernieuwingsbedingen.** De duur van de contractuele basisverhouding of van de geheimhoudingsplicht kan worden geconcipieerd als een ‘top-up’ systeem. Deze techniek doet de contractuele relatie aanvangen met een vaste (minimum)duur die periodiek verlengbaar is<sup>1846</sup>. Het gaat hier steeds om contractuele relaties met een bepaalde duur als uitgangspunt (in de betekenis van contractuele relaties met uitdovende termijn, relaties zonder uitdovende termijn zijn hoe dan ook bestemd om door te lopen totdat ze op initiatief van (één van) de partijen worden beëindigd). Conform het hierboven geponeerde uitgangspunt (*supra* randnrs. 461 en 493) is deze basisrelatie van bepaalde duur dan ook niet opzegbaar<sup>1847</sup>. De verlengingen worden automatisch uitgelokt door een vooraf vastgestelde gebeurtenis of door de (expliciete of impliciete<sup>1848</sup>) wilsuiking van één van de partijen. Het top-up systeem kan de geheimhoudingsplicht koppelen aan de *voortzetting van de contractuele basisverhouding*. Dit heeft tot gevolg dat de geheimhoudingsduur (en desgevallend het *disclosure window*) wordt verlengd telkens wanneer deze

---

<sup>1846</sup> Vgl. Luik 12 september 2006, *TBH* 2007, 1018; Brussel 28 september 1989, *TBH* 1990, 675 en *JLMB* 1990, 11, noot M. WILLEMART; Vred. Verviers (II) 11 oktober 1991, *T. Vred.* 1994 283, noot M. VLIES (een huurovereenkomst die wordt verlengd behoudens aangetekend schrijven minstens drie maanden voor de einddatum blijft een overeenkomst van bepaalde duur omdat de oorspronkelijke overeenkomst uitdrukkelijk melding maakt van de duur in geval van verlenging). Zie tevens impliciet Luik 19 maart 1998, *TBH* 1999, 278 (hernieuwbare franchiseovereenkomsten van 3, 6 of 9 jaar die worden gekwalificeerd als van bepaalde duur). Art. 1738 BW stelt overigens uitdrukkelijk dat een bij geschrift gesloten huurovereenkomst ook wat de duur betreft stilzwijgend wordt wederverhuurd aan dezelfde voorwaarden indien de huurder het goed zonder verzet van de verhuurder verder blijft bewonen na de beëindiging.

<sup>1847</sup> Cf. J. DEL CORRAL en V. SAGAERT, “Contractuele bedingen over opzegging, verlenging en vernieuwing: een analyse naar gemeen recht”, (65) 84-85, nr. 26.

<sup>1848</sup> Zie *Ibid.* (65) 83, nrs. 23-24 en de verwijzingen aldaar.

basisverhouding wordt voortgezet. De verlenging van de geheimhoudingsplicht kan tevens worden gekoppeld aan het *plaatsvinden van een nieuwe informatieverstreking* binnen het *disclosure window*:

“Except as otherwise provided herein, all obligations under this Agreement shall terminate three years after the last receipt of Confidential Information.”

Bedingen waarbij de partijen de modaliteiten voor een contractsverlenging uitwerken zijn geldig<sup>1849</sup>. Naargelang de wil van de partijen kan de werking van dit beding resulteren in een *verlenging* van dezelfde overeenkomst of in de *vernieuwing* van de contractuele relatie via een volledig nieuwe overeenkomst<sup>1850</sup>. De belangrijkste verschillen tussen de voortzetting via één overeenkomst en de voortzetting via een keten van nieuwe overeenkomsten is dat de bedongen zekerheden in het eerste geval behouden blijven en in het tweede geval tenietgaan en dat de geldigheidsvereisten steeds overeenkomst per overeenkomst moeten worden getoetst<sup>1851</sup>.

Het doel van een top-up systeem is dat de partijen “in natura” gebonden zijn aan de modaliteiten van de contractsverlenging. Deze gebondenheid is in de huidige stand van het recht alleen gegarandeerd indien het systeem resulteert in een contractuele relatie van bepaalde duur. De partijen beschikken immers over een ruim opzeggingsrecht bij een kwalificatie als onbepaalde duur (*cf. supra* randnr. 489). Voor het bepalen van de duur van het uitgewerkte systeem is het relevant om na te gaan of de verlengings- of voortzettiningsbedingen worden begrensd door een maximumduur.

**530. Maximumaantal contractsverlengingen of –vernieuwingen onbepaald.** Een *verlengings- of vernieuwingsbeding* resulteert volgens de meerderheidsopvatting in een contractuele relatie van onbepaalde duur indien het *maximumaantal contractsvoortzettingen onbepaald* is<sup>1852</sup>. Dit strookt met de visie dat de kwalificatie als bepaalde duur afhankelijk is van het uitdovende karakter van de termijn en dat dit karakter moet worden beoordeeld op het moment van de contractsluiting. Ook hier kan men hoe dan ook opmerken dat redelijke opzegmodaliteiten kunnen volstaan om een inbreuk op het verbod van eeuwigdurende verbintenissen te voorkomen. Zo is een beding waarin wordt bepaald dat de contractuele relatie stilzwijgend wordt voortgezet indien zij niet (tijdig) wordt opgezegd alleen eeuwigdurend in de zin dat zij een

---

<sup>1849</sup> Cass. 11 maart 1960, *Pas.* 1960, I, 808.

<sup>1850</sup> Cass. 27 mei 1960, *Arr. Cass.* 1960, 865.

<sup>1851</sup> L. CORNELIS, “De duur van het contract met opeenvolgende prestaties”, 67-68, nr. 22; P. GLINEUR, 10616-8; J. DEL CORRAL en V. SAGAERT, “Contractuele bedingen over opzegging, verlenging en vernieuwing: een analyse naar gemeen recht”, (65) 92-95, nr. 37; naar Frans recht: A. BENABENT, “La prolongation du contrat”, *RDC* 2004, 117. Zie uitgebreid M.-E. ANDRE, M.-P. DUMONT en P. GRIGNON, *L’après-contrat*, Levallois, Lefebvre, 2005, 247-303, nrs. 296-436.

<sup>1852</sup> Bergen 2 oktober 1989 *RRD* 1991, 133 (t.a.v. een *tacite reconduction*); Kh. Brussel 2 december 2004, *RW* 2006-07, 574; Kh. Luik 22 december 1999, *RRD* 2001, 39; Arbrb. Charleroi 14 september 1998, *Soc. Kron.* 1999, 15; G. BRICMONT, noot onder Brussel 11 december 1964, *JT* 1965, 281; M. TAQUET en C. WANTIEZ, noot onder Cass. 15 april 1982, *JTT* 1982, 348; Th. DELAHAYE, 26, nr. 16; L. CORNELIS, “De duur van het contract met opeenvolgende prestaties”, 71-72; L. DU JARDIN, “La durée du contrat à prestations successives (une clause modèle?)”, *CJ* 2002, 34-35; vgl. naar Frans recht: J. TAGNAN, *La tacite reconduction*, Mémoire universiteit Aix-Marseille, 1992, 121, nr. 163.

interventie van de partijen vereist om de keten van contractsverlengingen stop te zetten<sup>1853</sup>. De partijen zijn echter niet verplicht om tegen hun zin eeuwig gebonden te blijven aan de overeenkomst(en)<sup>1854</sup>. De opsplitsing van de duur van “de overeenkomst” in verschillende fases die *in abstracto* werden afgebakend in de tijd biedt de partijen voldoende indicaties over de mogelijkheden tot beëindiging van de contractuele relatie. Dit laat hen toe om in te schatten hoe lang hun vrijheid beperkt blijft en op welke manier zij deze kunnen herwinnen. Del Corral en Sagaert bekritiseren bovendien de meerderheidsopvatting dat het hier zou gaan om een onbepaalde duur. Zij stellen dat deze bedingen blijven resulteren in een relatie van bepaalde duur. Behoudens andersluidende (al dan niet stilzwijgende) wilsuiting dooft de relatie namelijk wel degelijk uit op de voorziene tijdstippen<sup>1855</sup>. De verlengings- of vernieuwingsbedingen zijn m.a.w. slechts bedingen die duidelijk maken hoe de wil tot (niet-)verlenging of (niet-)vernieuwing moet worden geuit (m.i.v. hoe een stilzwijgen moet worden opgevat).

Er mag bij de beoordeling van de contractsvoortzettingen overigens niet uit het oog worden verloren dat de partijen (behoudens wettelijke uitzonderingen) hoe dan ook meerdere individuele contractuele relaties van bepaalde duur na elkaar mogen aangaan. Dit mag zelfs stilzwijgend gebeuren op basis van een beding uit de oorspronkelijke overeenkomst dat de voorwaarden van de voortzetting regelt. De nieuwe overeenkomsten kunnen daarbij worden gesloten op basis van dezelfde of aangepaste<sup>1856</sup> modaliteiten. De partijen kunnen bijgevolg in theorie het regime van de bepaalde duur opzoeken door te stipuleren dat de keten van contractsverlengingen is samengesteld uit nieuwe, elkaar opvolgende overeenkomsten en geen voortzetting is van de oorspronkelijke overeenkomst<sup>1857</sup>. Het gaat dan om een serie

<sup>1853</sup> Waarbij weze opgemerkt dat dit gebrek aan uitdovend karakter reeds als dusdanig in strijd kan zijn met wettelijke bepalingen die een verplichte maximumduur opleggen (cf. Cass. 15 december 2006, *RW* 2007-08, 104, noot M. MUYLLE). Zie voor een arrest dat geen bezwaar had tegen automatische contractsverlengingen: Brussel 3 december 2001, *RW* 2003-04, 627.

<sup>1854</sup> Specifieke wettelijke bepalingen kunnen de werking van dergelijke bedingen wel aan banden leggen. Dit is het geval voor de stilzwijgende verlenging van consumentenovereenkomsten (art. 74, 17° en 20° WMPC; oud art. 32, 17. WHPC) en specifiek voor dienstenovereenkomsten: art. 82 WMPC (cf. oud art. 39bis WHPC); ook de algemene grondslag van art. 2, 28° *juncto* 73 WMPC (oud art. 31, §1 WHPC) kan leiden tot de onrechtmatigheid van verlengingsbedingen: Vred. Antwerpen 27 juli 1994, *TBH* 1995, 324, noot H. VAN GOMPEL). Wanneer de overeenkomst betrekking heeft op een zaak waarvan de waarde hoger is dan 375 euro, moet in principe een nieuw geschrift worden opgesteld voor een voortzetting of verlenging van de overeenkomst (art. 1341 BW). Dit artikel is echter niet van openbare orde of dwingend recht, zodat een afwijkende bewijsregeling niet problematisch is. Bovendien kan de oorspronkelijke overeenkomst gelden als begin van bewijs (art. 1347 BW). De oorspronkelijke overeenkomst waarin de verlengings- of voorzettingsafspraken werden opgenomen is immers een geschrift dat eveneens uitgaat van de medecontractant. Deze bewijsbeperkingen gelden niet in handelszaken, waar de bewijsvoering vrij is (Cass. 7 mei 1908, *Pas.* 1908, I, 174; Cass. 6 februari 1961, *Pas.* 1961, I, 606; Cass. 21 januari 1988, *Arr. Cass.* 1987-88, 634).

<sup>1855</sup> J. DEL CORRAL en V. SAGAERT, “Contractuele bedingen over opzegging, verlenging en vernieuwing: een analyse naar gemeen recht” (65) 88, nr. 31.

<sup>1856</sup> De overeenkomst kan andere modaliteiten bevatten, bijvoorbeeld wat haar duur betreft (P. GLINEUR, 10616-8).

<sup>1857</sup> Cf. Cass. 10 september 1976, *Pas.* 1977, I, 30 (de rechter beslist wettig dat een overeenkomst van vijf jaar die stilzwijgend behoudens tijdige opzegging verlengbaar is voor eenzelfde periode niet gesloten is voor onbepaalde duur); Cass. 8 maart 1968, *Pas.* 1968, I, 853 (de duur van de overeenkomst kan in twee delen zijn opgesplitst waarbij het eerste van bepaalde duur is en het tweede betrekking



*contractsvernieuwingen*. Het uitdovende karakter van de tijdsbepaling wordt gerespecteerd ten aanzien van elke individuele overeenkomst. De afspraken over de periodieke mogelijkheid tot opzegging van de *globale contractuele relatie* kunnen namelijk worden beschouwd als afspraken over de stilzwijgende aanvaarding van *elke nieuwe, individuele overeenkomst* uit de keten. Deze analyse steunt op een technisch-juridische redenering: de einddatum van elke individuele overeenkomst is perfect bepaald, alleen de einddatum van de globale contractuele relatie is onzeker. Vraag is of deze redenering stand houdt met het oog op de achterliggende rechtvaardiging van de eenzijdige opzegbaarheid, zijnde het verbod op eeuwigdurende verbintenissen. Behoudens de kwalificatie van de partijen en de klassieke (hierboven bekritiseerde – *supra* randnr. 446) visie dat onbepaalde duur gelijkstaat aan *ad nutum* opzegbaarheid is er op het vlak van de vrijheid van de partijen namelijk geen wezenlijk verschil tussen de gebondenheid aan één individuele, periodiek opzegbare contractuele relatie zonder globale uitdovende termijn en de gebondenheid aan een uit meerdere individuele overeenkomsten samengestelde contractuele relatie zonder beperking van het aantal contractsvoortzettingen<sup>1858</sup>. In beide gevallen is een wilsuiking vereist om de contractuele relatie te beëindigen.

**531. Verlengings- of vernieuwingsbedingen met onbepaald aantal verlengingen en het verbod op eeuwigdurende verbintenissen.** De bindende werking van een top-up systeem met een onbepaald aantal verlengingen of vernieuwingen is (slechts) problematisch indien dit onrechtstreeks één van de partijen voor onbeperkte duur opsluit in de overeenkomst. Dit is strijdig met het verbod op eeuwigdurende verbintenissen. Een contractuele relatie is in werkelijkheid van onbeperkte duur indien niet werd voorzien in een reële uitdovende termijn en één van de partijen afstand deed van haar eenzijdige opzeggingsrecht, bijvoorbeeld omdat één van de partijen zich het recht voorbehoudt om de overeenkomst voor een onbeperkt aantal maal eenzijdig te verlengen of te vernieuwen.

Zo achtte Franse hof van cassatie clausules uit telecommunicatieovereenkomsten nietig die voorzagen in een basisduur van 15 jaar met een contractsverlenging telkenmale de nemer gebruik maakte van de dienstverlening na de installatie<sup>1859</sup>. De nemer kreeg hierdoor de keuze om hetzij een contractsverlenging te ondergaan bij elke dienstverlening, hetzij te verzaken aan ook maar enige dienstverlening na de installatie. In werkelijkheid werd de nemer hierdoor gedwongen tot permanente contractsverlengingen. De installatie zou naar de toekomst toe immers moeten blijven voldoen aan de

---

heeft op de eventuele vernieuwing van de overeenkomst via stilzwijgende of uitdrukkelijke instemming van de partijen gedurende een bepaalde periode – deze interpretatie miskent de bindende kracht van de overeenkomst niet); Cass. 11 maart 1960, *Pas.* 1960, I, 808 (de rechter kan wettig beslissen dat de duur van een stilzwijgend voortgezette overeenkomst gelijkstaat aan de oorspronkelijke overeenkomst – het Hof doet hierbij geen afspraak over het al dan niet contractsvernieuwend karakter van deze voortzetting); Cass. 27 mei 1960, *Arr. Cass.* 1960, 865 (wil van de partijen is beslissend bij de vraag of een bestaande overeenkomst wordt voortgezet, dan wel of de voortzetting van de contractuele relatie plaatsvindt via een nieuwe overeenkomst); Luik 12 september 2006, *TBH* 2007, 1018; Brussel 11 december 1964, *JT* 1965, 281, noot G. BRICMONT; *contra* B. KOHL, “La prorogation et la reconduction du contrat” in *La fin du contrat*, (265) nr. 34.

<sup>1858</sup> Zie in die zin M. TAQUET en C. WANTIEZ, noot onder Cass. 15 april 1982, *JTT* 1982, 348.

<sup>1859</sup> Cass. com. (fr.) 3 januari 1989, *RTD civ.* 1989, 534, noot J. MESTRE; Cass. com. (fr.) 3 november 1992, *Bull. civ.* 1992, IV, 242, nr. 339; Cass. com. (fr.) 7 april 1998, *RJDA* 1998, nr. 977.

behoeften van de klant en aan de meest recente technologische standaarden en dit impliceerde de nood aan telkens nieuwe dienstverleningen. Het hof van beroep van Chambéry oordeelde in een vergelijkbaar geval dat de huur van een fotokopieertoestel voor 90 maanden in werkelijkheid eeuwigdurend was omdat een nieuwe contractperiode van dezelfde duur zou beginnen lopen telkens de klant om een herziening van de contractvoorwaarden verzocht. De rechtbank stelde ook hier vast dat allerlei aanpassingen zouden moeten gebeuren om te kunnen inspelen op evoluties in de behoeften van de huurder en de technologische vooruitgang<sup>1860</sup>.

Zowel de eenzijdige opzegmogelijkheid als de datum van de toekomstige gebeurtenis die een einde zou stellen aan de contractuele relatie waren in beide omstandigheden fictief. De contractuele relatie kon geen einde nemen tenzij één van de partijen bereid was om daar aanzienlijke nadelen voor te tolereren. Zij zou *de facto* met zekerheid worden vernieuwd aangezien de klant de gebeurtenis die een nieuwe contractsverlenging uitlokte in werkelijkheid niet kon vermijden zonder een uitholling van het economische nut van de overeenkomst te moeten ondergaan. Dit sloot het bestaan van een reële beëindigingsmogelijkheid uit en resulteerde in een engagement van onbepaalde duur.

Uit het voorgaande blijkt dat het eeuwigdurende karakter van verbintenissen functioneel moet worden beoordeeld vanuit het standpunt van de globale contractuele relatie en niet formeel voor elke op zichzelfstaande overeenkomst die deel uitmaakt van een contractsketen. De redenering waarbij de partijen zonder meer gebonden zijn aan vernieuwingsbedingen met een onbepaald aantal vernieuwingen en niet gebonden kunnen zijn aan verlengingsbedingen met dezelfde strekking is dan ook niet houdbaar. Verbintenissen die worden voortgezet via een keten van overeenkomsten kunnen dit verbod evenzeer miskennen, ook al maken zij technisch-juridisch gezien steeds deel uit van nieuwe overeenkomsten. Het feit dat verlengings- of vernieuwingsbedingen het verbod van eeuwigdurende verbintenissen kunnen miskennen, betekent echter niet dat deze bedingen *ipso facto* een ongebreideld opzeggingsrecht moeten meebrengen voor de partijen. De stelling dat éénzelfde overeenkomst vatbaar is voor opsplitsing in opeenvolgende fases van bepaalde<sup>1861</sup> duur (via verlengings- of vernieuwingsbedingen) of voor combinaties van een bepaalde en onbepaalde<sup>1862</sup> duur (via de minimumduur) en dat de tijdelijke niet-opzegbaarheid die daarmee gepaard gaat niet *ipso facto* de vrijheid van de partijen op onaanvaardbare wijze in het gedrang brengt, geldt immers evenzeer voor deze contractuele relaties.

### **532. Maximumaantal contractsverlengingen of -vernieuwingen is bepaald.**

Overeenkomsten waarvan het *maximumaantal contractsverlengingen of -vernieuwingen bepaald* is, zijn in het gemene recht zonder meer van bepaalde duur<sup>1863</sup>. De maximumduur van de contractuele relatie is in deze hypothese met

<sup>1860</sup> Cour d'appel Chambéry, 4 februari 1997, Juris-Data nr. 1997-044726.

<sup>1861</sup> Bepaald in de zin dat zij een afgebakend eindpunt hebben en dat de partijen niet beschikken over een ongebreideld opzeggingsrecht tijdens deze fases.

<sup>1862</sup> Onbepaald in de zin dat deze fase geen specifiek eindpunt heeft en dat de partijen wel over een ongebreideld opzeggingsrecht beschikken.

<sup>1863</sup> Cass. 10 september 1976, *Pas.* 1977, I, 30; Bergen 2 oktober 1989 *RRD* 1991, 133; Kh. Brussel 2 december 2004, *RW* 2006-07, 574; Arbrb. Charleroi 14 september 1998, *Soc. Kron.* 1999, 15; J.

zekerheid afgebakend in de tijd. Zij is bestemd om automatisch uit te doven op de voorziene einddatum, althans voor zover zij op dat tijdstip nog bestaat. Alleen de concrete duur van de contractuele relatie kampt hierdoor met onzekerheid. Periodiek verlengbare geheimhoudingsplichten zijn in principe onder te brengen in deze categorie. De *maximumduur van een geheimhoudingsplicht wordt immers begrensd door de levensduur van het geheim* (supra randnr. 467) en dit beperkt het aantal mogelijke verlengingen van de geheimhoudingsplicht<sup>1864</sup>.

## 5. Besluit

**533.** In dit deel werd het eindpunt van de geheimhoudingsplicht onderzocht. Deze vaststelling blijkt in de eerste plaats af te hangen van de vrije keuze van de partijen. Deze keuzevrijheid wordt echter beperkt door de wetgever of door het verbod op eeuwigdurende verbintenissen. De toetsing van de duur van geheimhoudingsplicht aan dit verbod vereiste een onderzoek naar de noties (on)bepaalde duur. Deze analyse zette de vereisten van het verbod op eeuwigdurende verbintenissen in eerste instantie om naar het perspectief van de ‘abstracte’ en ‘concrete’ duur van de contractuele relatie. De noties (on)bepaalde duur werden vervolgens bestudeerd vanuit deze perspectieven. Daarbij werden vijf vragen beantwoord.

Een eerste vraag was de mate van *zekerheid die vereist is over het moment waarop de bepaalde duur verstrijkt*: moet *ab initio* duidelijk zijn wanneer deze gebeurtenis zal plaatsvinden, of volstaat de zekerheid dat zij zal plaatsvinden zelfs indien niet precies vaststaat op welk moment dit zal gebeuren? Deze vraag kan worden beantwoord op het niveau van de abstracte duur: de zekerheid *dat* de contractuele relatie (binnen een niet-manifest buitensporige termijn) een einde zal nemen volstaat in het licht van het verbod op eeuwigdurende verbintenissen. Deze vraag laat nog niet toe om te bepalen hoe lang de overeenkomst daadwerkelijk zal duren. Hiervoor moet ook rekening worden gehouden met het perspectief van de concrete duur.

Een tweede vraag was of een contractuele relatie van bepaalde duur kan zijn indien de *overeenkomst een einde kan nemen vóór het verstrijken van de voorziene termijn*. Deze vraag (of de contractuele relatie een einde kan nemen *zonder* of *vóór* dat de abstracte duur is voltooid) is te onderscheiden van de eerste vraag (die betrekking heeft op het tijdstip waarop de abstracte duur als dusdanig is voltooid). Ook hier luidt het antwoord bevestigend en dit wegens het onderscheid tussen het niveau van de abstracte en dat van de concrete duur. Het feit dat de contractuele relatie *in concreto* vroeger dan verwacht een einde kan nemen, brengt het verbod op eeuwigdurende verbintenissen niet in het gedrang. Hierdoor worden geen specifieke eisen gesteld op het niveau van de concrete duur. De minimumvereisten van het opzeggingsrecht

---

GHESTIN, 313, nr. 256; Th. DELAHAYE, 23, nr. 14; L. CORNELIS, “De duur van het contract met opeenvolgende prestaties”, 70, nr. 23; P. KILESTE, “Détermination du caractère déterminé ou non de la durée d’un contrat de concession exclusive de vente” (noot onder Brussel 28 september 1989), *TBH* 1990, 680.

<sup>1864</sup> *Contra* in de context van het arbeidsrecht: Arbh. Brussel 21 juni 1972, *JT* 1973, 677 (een overeenkomst gesloten voor automatisch hernieuwbare periodes van drie jaar met als maximumduur de pensioenleeftijd werd gekwalificeerd als overeenkomst van onbepaalde duur).

rijzen namelijk pas bij gebrek aan abstracte duur, zodat zich geen herkwalificatie naar een onbepaalde duur opdringt.

Een derde vraag was of een contractuele relatie van *onbepaalde duur mag worden begrensd door een maximumduur*. Dit is evenmin problematisch. De aanwezigheid van een uitdovende tijdsbepaling sluit een inbreuk op het verbod van eeuwigdurende verbintenissen uit, wat de partijen toelaat om zich onherroepelijk te verbinden gedurende die termijn. Dit betekent echter niet dat zij zich onherroepelijk moeten verbinden.

Een vierde vraag was of het opzeggingsrecht bij overeenkomsten zonder uitdovende maximumduur *steeds vatbaar moet zijn om te allen tijde en onmiddellijk te worden uitgeoefend*. Hierbij kan worden vastgesteld dat het verbod op eeuwigdurende verbintenissen alleen een reële opzegmogelijkheid vereist. Het verzet zich niet tegen om het even welke beperking van het opzeggingsrecht. Zo brengt de opschorting van het opzeggingsrecht voor een bepaalde duur de vrijheid van de partijen niet op drastischere wijze in het gedrang dan een contractuele relatie die automatisch uitdooft.

Een vijfde vraag was ten slotte of de *tijdsbepaling noodzakelijkerwijze een uitdovende werking* moet hebben. Deze vraag kan worden opgesplitst in twee subvragen. Ten eerste: *is een minimumduur toegestaan?* Ten tweede: *is een automatische voortzetting van de contractuele relatie toegestaan?* Wat de eerste subvraag betreft, blijkt de werking van de minimumduur plaats te grijpen op het niveau van de concrete duur. De introductie van een minimumduur is immers niets anders dan een opschorting van het opzeggingsrecht. Deze opschorting wordt wel geconfronteerd met gelijkaardige bezorgdheden als bij het niveau van de abstracte duur. In beide gevallen komt het verbod op eeuwigdurende verbintenissen niet in het gedrang tenzij de bedongen duur of opschorting buitensporig lang is. Wat de tweede subvraag betreft kan een bijkomend onderscheid worden gemaakt tussen de contractsverlenging, waarbij dezelfde overeenkomst automatisch doorloopt, en de contractsvoortzetting die plaatsvindt via een keten van nieuwe overeenkomsten die (geheel of gedeeltelijk) worden gesloten aan dezelfde voorwaarden als de oorspronkelijke overeenkomst. Ook hier is eerder sprake van een opgeschort opzeggingsrecht dat hetzij geldt ten aanzien van de overeenkomst in kwestie, hetzij ten aanzien van de globale contractuele relatie.

## 1. Inleiding

**534. Plan.** In wat volgt wordt dieper ingegaan op de oorsprong en draagwijdte van de splitsbaarheid bij de verdwijning *ex tunc* of *ex nunc* dan wel de schorsing of niet-uitvoering van andere contractuele bestanddelen. De klemtoon van de analyse ligt op de autonome werking van een geheimhoudingsbeding ten aanzien van de contractuele basisverhouding waarop zij betrekking heeft<sup>1865</sup>. De mogelijkheid tot splitsing is echter niet beperkt tot *geheimhoudingsbedingen*. Specifieke onderdelen van zelfstandige *geheimhoudingsovereenkomsten* zijn eveneens vatbaar voor splitsing. Zo zal het *disclosure window* van een overeenkomst vatbaar zijn voor opzegging of uitdoving zonder dat dit doorwerkt naar de nog te verstrijken geheimhoudingsduur. Bovendien hoeft de ongeldigheid van één geheimhoudingsplicht of de verdwijning van het vertrouwelijke karakter ten aanzien van één informatieverstreking niet door te werken naar de rest van de geheimhoudingsovereenkomst.

De splitsbaarheid van onderdelen die deel uitmaken van een zelfstandige geheimhoudingsovereenkomst kwam bijvoorbeeld aan bod in een zaak uit de Amerikaanse staat Washington. Een werkgever had een geheimhoudingsovereenkomst gesloten met zijn werknemer. De wetgeving van deze staat vereist dat een werkgever die zijn werknemer afstand laat doen van eventuele uitvindingen deze schriftelijk op de hoogte moet stellen van het feit dat deze afstand geen betrekking heeft op uitvindingen die gebeuren zonder enige betrokkenheid van de werkgever. Bij gebrek aan schriftelijke kennisgeving werd de afstand van de uitvindingen door de werknemer als onrechtmatig beschouwd. De vraag was dan of deze onrechtmatigheid zich zou uitstrekken naar de rest van de geheimhoudingsovereenkomst, dan wel of het beding over de afstand van de dienstuitvindingen als *severable* zou worden beschouwd. De rechter oordeelde: “We do not agree with Machen's contention the nondisclosure/confidentiality provisions of the agreement can be severed from the invention provisions. Contracts are severable only when performance by each party can be divided into equivalent parts. Whether a contract is severable depends largely on its terms and the intention of the parties. This agreement does not contain a severability clause, and by its terms, severability cannot be implied. Nor was evidence presented that severability was intended”<sup>1866</sup>.

### 1.1. Probleemstelling

**535. Lot van geheimhoudingsplicht bij verdwijning van contractuele bestanddelen.** Een geheimhoudingsbeding heeft een specifiek voorwerp dat niet samenvalt met het voorwerp van de contractuele basisverhouding<sup>1867</sup> waarop zij

---

<sup>1865</sup> Zie voor een analyse met de klemtoon op *alternative dispute resolution* bedingen: K. ANDRIES, “Cedo nulli... over de autonome werking van het arbitrage- en bemiddelingsbeding” in R. VAN RANSBEECK (ed.), *Bemiddeling*, Brugge, die Keure, 2008, 211-244.

<sup>1866</sup> Court of Appeals Washington (Division 3, Panel 4) 23 april 1992, *Machen v. Aircraft Design*, 65 Wash.App. 319; 828 P.2d.73.

<sup>1867</sup> De splitsbaarheid geldt in feite ten aanzien van alle contractuele bestanddelen. Het gaat daarbij niet alleen om afspraken over de kenmerkende prestaties van de contractuele basisverhouding (de koop, de huur, etc.), maar evenzeer om afspraken met een eigen autonome, en desgevallend postcontractuele ambitie zoals schade- en restitutiebepedingen of niet-concurrentiebepedingen. In wat volgt wordt de

betrekking heeft. Daar waar de meeste andere bedingen de contractuele relatie van de partijen ‘ten gronde’ uitwerken, heeft het geheimhoudingsbeding tot doel om rechten en plichten op te leggen voor informatieuitwisselingen die voortvloeien uit deze contractuele basisverhouding. Die doelstelling komt in gevaar wanneer het geheimhoudingsbeding wordt behandeld als een contractueel bestanddeel dat onlosmakelijk is verbonden met de rest van de overeenkomst. De maximale effectiviteit van een geheimhoudingsbeding vereist immers dat het ook uitwerking krijgt indien het (voort)bestaan of de werkzaamheid van de overeenkomst op het spel staat -bijvoorbeeld omdat zij beweerdelijk is aangetast door een wilsgebrek- of zelfs nadat de contractuele basisverhouding daadwerkelijk is weggefallen. Een gelijkaardige nood rijst bij de beëindiging van een geheimhoudingsovereenkomst. De stopzetting van bepaalde bestanddelen van deze overeenkomst (bv. het *disclosure window*) betekent ook hierbij nog niet dat ook de geheimhoudingsplicht bestemd is om te verdwijnen.

Een geheimhoudingsplicht riskeert nochtans buitenspel te worden gezet indien men het uitgangspunt hanteert dat individuele contractuele afspraken staan of vallen met de hele overeenkomst waarin zij werden opgenomen<sup>1868</sup>. De partijen hebben zich in die hypothese weliswaar tot geheimhouding verbonden, maar het accessoire of ondeelbare karakter van het beding maakt de werking hiervan onzeker totdat de geldigheid of werking van de overeenkomst in haar geheel wordt gevalideerd. Gelet op dat uitgangspunt zou de geheimhoudingsplicht bij een nietigheid, ontbinding, verbreking, etc. van de overeenkomst immers steeds mee worden uitgewist of worden opgeheven met de rest van het *negotium*<sup>1869</sup>.

---

terminologische klemtoon gelegd op de splitsbaarheid tussen de contractuele basisverhouding en het geheimhoudingsbeding. Er wordt niet specifiek stilgestaan bij de onderlinge splitsbaarheid tussen twee of meer autonome bedingen. Dit laatste impliceert immers de voorafgaande aanvaarding van de splitsbaarheid tussen autonome bedingen en hun basisverhouding, zodat de onderlinge splitsbaarheid van autonome bedingen daar niet meer dan een logisch uitvloeisel van is.

<sup>1868</sup> Cf. over postcontractuele afspraken: C. CASEAU-ROCHE, *Les obligations postcontractuelles*, 157, nr. 181. In die zin over het arbitragebeding: Brussel 12 april 1978, *De Verz.* 1981, 286 (ten onrechte); A. BERNARD, *L'arbitrage volontaire en droit privé*, Brussel, Bruylant, 1937, 110-111, nr. 183-185 en 180-181, nr. 294; E. GLASSON, A. TISSIER en R. MOREL, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, V, Parijs, Sirey, 1936, 340-341. Vgl. met het algemene uitgangspunt bij F. NAMMOUR, *Droit et pratique de l'arbitrage interne et international*, Parijs, LGDJ, 2005, 607, nr. 853 (“La clause est alors considérée par nature même, l'accessoire du contrat. Son sort dépend de celui-là en vertu de la maxime: *accessorium sequitur principale*”). De auteur komt echter tot de vaststelling dat die redenering niet opgaat voor arbitragebedingen. Zie tevens de analyse van F. RIGAUX, “L'autonomie de la clause compromissoire en droit belge”, *Ann.dr.sc.p.* 1961, (215) 231 en M. HUYS en G. KEUTGEN, *L'arbitrage en droit belge et international*, Brussel, Bruylant, 1981, 148-150.

<sup>1869</sup> Zie algemeen over deze problematiek: J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht in Recht en Onderneming*, Brugge, die Keure, 2007, 270, nr. 221; L. CORNELIS en V. SAGAERT, “Postcontractuele bedingen” in S. STIJNS en K. VANDERSCHOT (eds.), *Contractuele clausules rond de (niet-)uitvoering en de beëindiging van contracten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, (291) 305; M. ANDRÉ, M. DUMONT en P. GRIGNON, *L'après-contrat*, Levallois, Lefebvre, 2005, 57, nr. 50; C. CAUFFMAN, “Pour la résolution partielle! Quelques remarques du point de vue belge à propos de la thèse de Mme Rigalle” in H. COUSY, S. STIJNS, B. TILLEMEN en A. VERBEKE (eds.), *Droit des contrats France, Belgique*, Larcier, Brussel, 2005, (155) 161; C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat* in *Nouvelle Bibliothèque de Thèses*, Dalloz, Parijs, 2003, 172; P. ANCEL, “Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat”, *RTD Civ.* 1999, (771) 802, nr. 46; P. ANCEL en O. GOUT, noot onder 8 oktober 1998, *Rev. Arb.* 1999, (353) 359; P. DELEBECQUE, noot onder Cass. 1<sup>e</sup> civ. (fr.) 6 maart 1996,

Om de vicieuze cirkel te vermijden waarbij de geldigheid of werking van elk beding afhangt van de hele overeenkomst en de geldigheid of werking van de hele overeenkomst afhangt van elk beding wordt algemeen aanvaard dat bepaalde contractuele bestanddelen een zekere mate van autonomie (of zo men wil: splitsbaarheid of deelbaarheid) genieten ten aanzien van de rest van de overeenkomst<sup>1870</sup>. Daardoor worden zij niet automatisch beïnvloed door de lotgevallen van andere contractuele bestanddelen<sup>1871</sup>.

## 1.2 Terminologie

**536. Splitsbaarheid, deelbaarheid, postcontractuele of autonome werking.** Men kan een onderscheid maken tussen de splitsbaarheid van een beding en de postcontractuele effecten ervan. De *splitsbaarheid* of *deelbaarheid* van het beding spitst zich toe op het lot van het beding bij betwisting over de geldigheid of werking van andere contractuele bestanddelen. De *postcontractuele werking* heeft betrekking op de vraag of het beding bestemd is om (ook) nog gevolgen te sorteren na de beëindiging van andere contractuele bestanddelen. Dergelijke bedingen zijn bestemd om de contractuele basisverhouding te overleven. De notie splitsbaarheid of deelbaarheid kan zodanig ruim worden opgevat dat zij ook de postcontractuele werking van een beding omvat. De achterliggende problematiek is in beide gevallen dezelfde. Deze postcontractuele werking vloeit namelijk voort uit het feit dat het beding afsplitsbaar is van de contractuele bestanddelen die wel bestemd zijn om op dat ogenblik te eindigen, zodat de nog uit te voeren verbintenissen afsplitsbaar zijn van de verbintenissen die wel een einde nemen.

**Voorbeeld:** “11. Severability. If any provision of this Agreement is held to be illegal, invalid or unenforceable, such provisions shall be fully severable and this Agreement shall be construed as if the illegal, invalid and unenforceable provision had never been a part of this Agreement and the remaining provisions of this Agreement shall be given full force and effect.

---

*Répertoire du Notariat Defrénois* 1997, 1025; J. GHESTIN, “L’effet rétroactif de la résolution des contrats à exécution successive” in *Mélanges Pierre Raynaud*, Parijs, Dalloz, 1985, (203) 220. Zie tevens J. MATRAY, “L’autonomie de la clause d’arbitrage” in *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des conflits*, Luik, CUP 2001, (147) 157.

<sup>1870</sup> Zo stelt het huidige art. 9:305, (2) van de *Principles of European Contract Law*: “Termination does not affect any provision of the contract for the settlement of disputes or any other provision which is to operate even after termination” (zie tevens art. 81 van het Weens Koopverdrag; III.- 1:109, (3), (b) DCFR). Zoals men daaruit kan afleiden, is de problematiek van de autonome werking relevant voor een heel aantal types van bedingen. Naast ADR bedingen vereisen ook bevoegdheids- of rechtskeuzebedingen en typische ‘postcontractuele’ afspraken zoals de bedingen inzake de restitutie, geheimhouding of niet-concurrentie een zekere mate van zelfstandigheid ten aanzien van de basisverhouding (zie over dit laatste Y. SERRA, noot onder Cass. 1<sup>o</sup> civ. (fr.) 6 maart 1996, *D* 1997, 97). Zie tevens P.A. FORIERS, “Les effets de la résolution des contrats pour inexécution fautive” in B. DUBUISSON en P. WERY (eds.), *La mise en vente d’un immeuble*, Brussel, Larcier, 2005, (223) 236, nr. 13 (“On ne saurait donc aborder ce contrat [le contrat synallagmatique résolu pour inexécution fautive] comme un bloc monolithique qui devrait soit survivre, soit périr dans sa totalité”).

<sup>1871</sup> Zie bv. Kh. Doornik 18 oktober 1984, *TBH* 1986, 70 (arbitragebeding blijft gelden, ook na de eenzijdige opzegging van de verzekeringspolis door één van de contractspartijen); H. VAN HOUTTE, K. COX en S. COOLS, “Overzicht van rechtspraak: Arbitrage (1972-2006)”, *TBH* 2007, (111) nr. 54.

12. Survival. The restrictions and obligations of this Agreement shall survive any expiration, termination or cancellation of this Agreement and shall continue to bind the Parties and their successors and permitted assigns.”<sup>1872</sup>

De notie “autonomie” van een beding werd ontwikkeld in de context van het gerechtelijke privaatrecht ten aanzien van ADR bedingen en afspraken over de bevoegde instantie of het toepasselijke recht. Deze notie doelt eveneens op de splitsbaarheid of postcontractuele werking van de bedingen in kwestie. Zij dekt in feite geen afzonderlijke lading. Zij wordt bovendien verweten onduidelijkheid te scheppen over het lot van het beding na een overdracht van de contractuele basisverhouding<sup>1873</sup>. Dergelijke bedingen hebben namelijk wel degelijk een band met de andere contractuele bestanddelen in de zin dat zij bijvoorbeeld doorgaans bestemd zijn om mee te worden overgedragen, maar moeten worden afgesplitst voor hun geldigheid, uitwerking en postcontractuele effecten.

**537. Ondeelbaarheid en accessorium.** Ondeelbaarheid<sup>1874</sup> impliceert dat contractuele bestanddelen niet onafhankelijk van elkaar kunnen voortbestaan. Deze notie kan enerzijds een wederzijdse afhankelijkheid van de bestanddelen aanduiden: contractueel bestanddeel A kan niet zonder B en B kan niet voortbestaan zonder A. Er is *a contrario* sprake van een (minstens partiële) deelbaarheid wanneer (minstens) één van de bestanddelen wel onafhankelijk van het andere kan voortbestaan. Contractueel bestanddeel A kan met andere woorden deelbaar zijn van B, terwijl B onlosmakelijk verbonden is met A. Bij gebrek aan reciprociteit is B “op ondeelbare wijze” verbonden met A, maar is A dat niet met B. B is hier slechts een *accessorium* van bestanddeel A. Een *accessorium* is een bijkomstig bestanddeel waarvan het voortbestaan afhangt van het voortbestaan van het hoofdbestanddeel (omdat dit zijn oorzaak is<sup>1875</sup>). De afhankelijkheidsrelatie geldt hier slechts in één richting aangezien het hoofdbestanddeel niet afhangt van het bijkomstige bestanddeel.

Er mag ten slotte niet uit het oog worden verloren dat één overeenkomst contractuele bestanddelen kan bevatten die bestemd zijn om volstrekt onafhankelijk van elkaar te opereren. Deze bestanddelen zijn volstrekt splitsbaar zodat de verdwijning van één van deze bestanddelen geen enkele invloed heeft op het andere bestanddeel.

**538. Draagwijdte van de notie beding.** De betekenis van de notie beding is niet beperkt tot zijn betekenis van een materieel afgelijnd zinsdeel. Zij heeft in deze context betrekking op het geheel van zinsdelen die op intellectuele wijze met elkaar in verband staan met het oog op de uitwerking van een welbepaald onderdeel van de contractuele inhoud zoals een geheimhoudingsbeding, schadebeding, ontbindend

---

<sup>1872</sup> <http://www.serc1.org/Documents/SERC/Non-Member>.

<sup>1873</sup> P. MAYER, “Les limites à la séparabilité de la clause compromissoire”, *Rev. arb.* 1998, 362; J.M. MARMAYOU, 517, nr. 616.

<sup>1874</sup> Er weze opgemerkt dat het gebruik van de term ondeelbaarheid in de huidige context (namelijk een band tussen twee clausules) sterk wordt bekritiseerd door Seube (J.-B. SEUBE, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Parijs, Litec, 1999, 445, nr. 415). De terminologie wordt dan ook met de nodige reserve gehanteerd.

<sup>1875</sup> Aldus B. TEYSSIE, *Les groupes de contrats*, Parijs, LGDJ, 1975, 168.



beding, etc. Wat precies een beding is, hangt bijgevolg in de eerste plaats af van de wil van de partijen<sup>1876</sup>. De mogelijkheid tot splitsing of postcontractuele werking van contractuele bestanddelen blijft verder niet beperkt tot bedingen die de partijen uitdrukkelijk hebben gestipuleerd<sup>1877</sup>. Bedingen die door wet<sup>1878</sup>, billijkheid (of goede trouw<sup>1879</sup>) of het gebruik worden toegevoegd aan de overeenkomst, komen evenzeer in aanmerking voor splitsing of postcontractuele werking.

## 2. Bron van de autonomie

### 2.1 Autonome werking van het geheimhoudingsbeding als afzonderlijke overeenkomst

**539. Bedingen als “satellietovereenkomsten”.** Een eerste verklaring van de splitsbaarheid van bepaalde bedingen ten aanzien van de basisverhouding luidt dat zij volwaardige, zelfstandige overeenkomsten zijn. Deze visie werd voornamelijk ontwikkeld in het licht van procedurele afspraken zoals arbitragebedingen<sup>1880</sup> en andere bedingen die afwijken van de normale rechtspleging (zoals bevoegdheids- of forumbedingen en bedingen inzake het toepasselijke recht)<sup>1881</sup>, maar wordt ook naar voren geschoven voor schadebedingen<sup>1882</sup> en voor elk beding dat tot doel heeft om rechtsgevolgen teweeg te brengen nadat de contractuele basisverhouding is stopgezet of uitgewist<sup>1883</sup>. Deze afzonderlijke overeenkomst is weliswaar geassocieerd met de contractuele basisverhouding, maar maakt daar geen onlosmakelijk deel van uit. Het gaat als het ware om een satellietovereenkomst met zowel een accessoir karakter omdat zij alleen maar zinvol is in het licht van de basisovereenkomst, als een zelfstandig karakter omdat het statuut van de basisovereenkomst niet per definitie doorwerkt naar dit *accessorium*. Een geschil over de geldigheid of werking van de ene overeenkomst heeft in deze visie geen rechtstreekse invloed op de andere omdat het nu eenmaal gaat om twee verschillende contractuele relaties. Een materiële

---

<sup>1876</sup> PH. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, 8, nr. 8.

<sup>1877</sup> M. FONTAINE, “Les obligations ‘survivant au contrat’”, 2001 (161) 182, nr. 27.

<sup>1878</sup> Zo bevat de Arbeidsovereenkomstenwet een bepaling over de splitsbaarheid van met de wet strijdige bedingen (art. 6 Arbeidsovereenkomstenwet) en een bepaling die voorziet in een postcontractuele geheimhoudingsplicht (17, 3° Arbeidsovereenkomstenwet).

<sup>1879</sup> Cass. 19 februari 1960, *Arr. Cass.* 1960 en 578 *Pas.* 1960, I, 715.

<sup>1880</sup> Cass. (fr.) 7 mei 1963, *D* 1963, 545, noot J. ROBERT; F. RIGAUX, “L’autonomie de la clause compromissoire en droit belge”, *Ann.dr.sc.p.* 1961, (215) 222; B. TEYSSIE, *Les groupes de contrats* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, R. Pichon en R. Durand-Auzias, 1975, 181, nr. 352; J. ROBERT, *L’arbitrage : droit interne, droit international privé*, Parijs, Dalloz, 1993, 134, nr. 158; S. SCHWEBEL, *International arbitration: three salient problems*, Cambridge, Grotius, 1987, 5; G. KEUTGEN en G.-A. DAL, *L’arbitrage en droit belge et international*, Brussel, Bruylant, 2006, 201.

<sup>1881</sup> H. TANDOĞAN, *La nullité, l’annulation et la résiliation partielles des contrats*, Genève, Kundig, 1952, 194-195; N. COIPEL-CORDONNIER, *Les conventions d’arbitrage et d’élection de for en droit international privé* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 1999, 301, nr. 300; T. CLAY, “Les contrats gigognes”, *D* 2006, (697), nr. 1. Vgl. TF (Zw.) 8 maart 1967, ATF 93, I, (323) 327, overweging 4 (“la clause de prorogation de for insérée dans un contrat de droit civil constitue une convention de procédure distincte et indépendante de l’ensemble du contrat; elle doit être appliquée comme telle, alors même que les clauses civiles ne lieraient pas l’une des parties”).

<sup>1882</sup> D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, Parijs, LGDJ, 1992, 11, nr. 4.

<sup>1883</sup> Zie L. CORNELIS en V. SAGAERT, “Postcontractuele bedingen”, (291) 306.

opsplitsing van de accessoire overeenkomst en de basisovereenkomst is daarbij niet vereist: één *instrumentum* kan twee of meer verschillende *negotia* bevatten<sup>1884</sup>.

Deze stelling is een van de conclusies uit de zoektocht die J.-M. MARMAYOU onderneemt naar de notie van contractuele unilateraliteit of pluraliteit tussen dezelfde partijen. De auteur stelt vast dat bepaalde bedingen hun werking moeten behouden ongeacht het lot van de rest van de overeenkomst en poneert als verklaring voor deze autonomie dat deze bedingen afzonderlijke overeenkomsten zijn: “Plutôt de voir dans la construction, un seul et unique contrat, [le juge] peut considérer la clause comme une entité contractuelle à part entière, choisir donc la pluralité. Ce faisant il donnera une pleine efficacité à la clause”<sup>1885</sup>.

Kritische rechtsleer wijst op het kunstmatige karakter van die constructie<sup>1886</sup>. In werkelijkheid hebben de partijen eigenlijk maar één overeenkomst in gedachten met daarin onder meer een geheimhoudingsbeding. Deze vaststelling is weliswaar geen fundamenteel bezwaar om, desnoods als juridische fictie, te stellen dat het beding een afzonderlijke overeenkomst is<sup>1887</sup>, maar het is alvast een aansporing om op zoek te gaan naar een andere grondslag.

---

<sup>1884</sup> J. BOULANGER, “Usage et abus de la notion d’indivisibilité des actes juridiques”, *RTD Civ.* 1950, (1) 3; J. GHESTIN, *La formation du contrat*, 1988, 1027, nr. 891; J. GHESTIN, C. JAMIN en M. BILLIAU, *Les effets du contrat in Traité de droit civil*, Parijs, LGDJ, 2001, 122, nr. 101; P. ANCEL en O. GOUT, noot onder 8 oktober 1998, *Rev. Arb.* 1999, (353) 356-358. B. TEYSSIE, *Les groupes de contrats*, 24, nr. 50; J. GHESTIN, *Cause de l’engagement et validité du contrat*, 250-256, nr. 387-392; T. CLAY, “Les contrats gigognes”, *D* 2006, (697), nr. 1. Het is natuurlijk mogelijk dat het beding niet gelijktijdig met de contractuele basisverhouding werd uitgewerkt en pas achteraf wordt overeengekomen. Specifieke wetgeving kan daarnaast vereisen dat gebruik wordt gemaakt van afzonderlijke aktes (zie bv. i.v.m. loonoverdracht art. 27 Wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers, *BS* 30 april 1965; *Vred. Gent* (VII) 1 juli 1996, *RW* 1996-97, 826).

<sup>1885</sup> J.M. MARMAYOU, 256, nr. 331 *et seq.*

<sup>1886</sup> G. KAUFMANN-KOHLER, *La clause d’élection de for dans les contrats internationaux*, Basel, Helbing und Lichtenhahn, 1980, 1980, 41; P. MAYER, “Les limites à la séparabilité de la clause compromissoire”, *Rev. arb.* 1998, 359; P. ANCEL, “Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat”, *RTD Civ.* 1999, (771) 802; zie ook G. GOUBEAUX, *La règle de l’accessoire en droit privé in Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 1969, nr. 131 en 169; PH. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques in Bibliothèque de droit privé*, Parijs, R. Pichon en R. Durand-Auzias, 1969, 103-105, nr. 87; A. SAMUEL, *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration*, 158. Zie tevens J.-F. POUDRET en S. BESSON, *Droit comparé de l’arbitrage international*, Brussel, Bruylant, 2002, 134-135, nr. 164. Specifiek t.a.v. geheimhoudingsbedingen: R. TOULSON en C. PHIPPS, *Confidentiality*, Londen, Sweet & Maxwell, 2006, 128-129, nr. 4-040. Om duidelijk te maken dat het niet daadwerkelijk gaat om een afzonderlijke overeenkomst stellen bepaalde auteurs voor om, naar analogie met de Anglo-Amerikaanse terminologie (die weliswaar ook de notie *divisibility* hanteert), de term autonomie van het beding te vervangen door de term afscheidbaarheid of splitsbaarheid (*separabilité, separability*) van het beding (PH. FOUCHARD, E. GAILLARD en B. GOLDMAN, *Fouchard, Gaillard and Goldman on International Commercial Arbitration*, Den Haag, Kluwer, 1999, 197, nr. 389); zie tevens A. SAMUEL, *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration*, 158.

<sup>1887</sup> Zie PH. FOUCHARD, E. GAILLARD en B. GOLDMAN, 1999, 208, nr. 408. Deze auteurs stellen dat de autonomie van de arbitrageovereenkomst een wettelijk concept is en geen feitelijke situatie, zodat een afzonderlijke aanvaarding van de arbitrageovereenkomst niet moet worden aangetoond. Ancel en Gout wijzen er bovendien op dat “Il existe en effet de très nombreux cas où un accord de volontés n’a de sens que par rapport à un autre contrat, sans que pour autant on hésite à y voir une véritable convention distincte, alors même que les parties à l’un et à l’autre contrat sont identiques” (P. ANCEL en O. GOUT, noot onder 8 oktober 1998, *Rev. Arb.* 1999, (353) 357-358).

Problematischer is het feit dat de louter formele opsplitsing in twee afzonderlijke overeenkomsten geen absolute garantie biedt voor een autonome werking. Het besmettingsgevaar van de (al dan niet retroactieve) verdwijning beperkt zich immers niet tot de verzameling van bedingen die tot éénzelfde materiële overeenkomst behoren. De beëindiging van één overeenkomst kan een weerslag hebben op andere overeenkomsten die er op intellectueel ondeelbare wijze mee samenhangen en dit ongeacht of het *negotium* of de verschillende *negotia* nu in één of meerdere *instrumenta* zijn opgenomen<sup>1888</sup>. Een afzonderlijke overeenkomst vertaalt zich dus niet noodzakelijk in een autonome overeenkomst<sup>1889</sup>. Er is hooguit een vermoeden in die zin<sup>1890</sup>. De kwalificatie van een geheimhoudingsbeding als afzonderlijke ‘overeenkomst’ biedt bijgevolg nog geen afdoende verklaring voor de autonomie die haar doorgaans wordt toegedicht. Bovendien rijst de vraag of die autonomie niet evenzeer kan worden toegekend aan specifieke elementen van een contractuele verhouding die binnen één contractueel kader afscheidbaar zijn van de andere contractuele elementen<sup>1891</sup>.

## 2.2 Autonome werking van het geheimhoudingsbeding als onderdeel van één overeenkomst

**540. Bedingen als onderdeel van de overeenkomst.** Dit leidt ons naar een tweede visie die de overeenkomst beschouwt als een contractuele norm<sup>1892</sup> die de contractuele

<sup>1888</sup> M.b.t. de nietigheid: L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 723; I. CLAEYS, “Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging” in *Sancties en nietigheden*, Brussel, Larcier, 2003, (267) 312-314; D. VEAUX, “Contrats et obligations - Nullité ou rescision des conventions - Effets de la nullité”, *JurisClasseur* 1994, nr. 69-79; J. MOURY, “De l’indivisibilité entre les obligations et entre les contrats”, *RTD Civ.* 1994, (255) 263. M.b.t. de ontbinding: P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels* in *Contrats & Patrimoine*, Brussel, Larcier, 2006, 51, nr. 31 (m.b.t. nietigheid en ontbinding); J. GHESTIN, C. JAMIN en M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, 554-563, nrs. 495-500; P. ANCEL en O. GOUT, noot onder Parijs 8 oktober 1998, *Rev. Arb.* 1999, (353) 358-359. Zie tevens J.-B. SEUBE, 445, nr. 415; Cass. 6 april 1972, *Arr. Cass.* 1972, 733 (de rechter kan vaststellen dat twee rechtshandelingen één overeenkomst vormen ondanks het feit dat zij in afzonderlijke akten zijn vastgesteld). Zie tevens Brussel 17 februari 1987, *Computerr.* 1990, 83, noot M. FLAMEE (de vaststelling dat de verkoop van hardware, toelevering van software en het onderhoud van het geleverde materiaal het voorwerp uitmaakt van drie afzonderlijke overeenkomsten heeft niet tot gevolg dat de leverancier de onafhankelijkheid van de drie overeenkomsten kan inroepen wanneer uit de omstandigheden blijkt dat het in werkelijkheid slechts meerdere *instrumenta* betrof voor eenzelfde *negotium*).

<sup>1889</sup> Zie in dezelfde zin: A.-S. LUCAS-PUGET, 382, nr. 650.

<sup>1890</sup> M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, I, *Contrat et engagement unilatéral*, Parijs, PUF, 2008, 440, nr. 177; I. CLAEYS, “Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging” (267) 312-313 en C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, 70-72 (deze auteurs stellen dat een materiële (on)deelbaarheid niet doorslaggevend is, het biedt slechts een indicatie). Zie tevens F. TERRE, *L’influence de la volonté individuelle sur les qualifications* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1957, 392, nr. 488 (“L’indépendance des actes juridiques constitue donc la règle”).

<sup>1891</sup> Zie bv. de overwegingen bij M. MEKKI, “Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1re partie)”, *RDC* 2006, 1051 en A. FRISON-ROCHE, “Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique”, *RTD Civ.* 1998, (43) 49, nr. 16. Zie tevens F. NAMMOUR, *Droit et pratique de l’arbitrage interne et international*, 247, nr. 286.

<sup>1892</sup> Of een geheel van contractuele normen (zie E. JEULAND, “L’énigme du lien de droit”, *RTD Civ.* 2003, (455), 467-468, nr. 25).

verhoudingen tussen de partijen regelt<sup>1893</sup>. Het zijn de contractuele normen die op hun beurt leiden tot concrete verbintenissen of andere niet-obligationele effecten<sup>1894</sup>. Het bestaan van een contractuele norm laat toe om de geldigheid en werking van contractuele bedingen onafhankelijk van elkaar te beoordelen zonder daarvoor te moeten terugplooiën naar de combinatie van twee verschillende overeenkomsten. De idee is namelijk dat de beëindiging van wat klassiek als ‘de overeenkomst’ wordt aangemerkt doorgaans beperkt blijft tot één of meerdere specifieke contractuele verbintenissen (of andere effecten) die uit de norm zijn voortgevloeid. De contractuele norm zelf blijft voortbestaan en kan desgevallend rechtsgevolgen blijven teweegbrengen.

Het voortbestaan van de contractuele norm biedt partijen de mogelijkheid om afspraken op te nemen die pas in werking treden op een moment dat de geldigheid of werkzaamheid van één of meerdere verbintenissen die de basisverhouding regelen wordt betwist of zelfs na de beëindiging van die verbintenissen<sup>1895</sup>. Dit kan impliciet gebeuren of uitdrukkelijk worden geregeld in de vorm van zogenaamde *salvatorische Klauseln*<sup>1896</sup>. Dergelijke clausules stipuleren dat de nietigheid (of andere vormen van beëindiging) van de overeenkomst zich dient te beperken tot het hoogstnoodzakelijke

---

<sup>1893</sup> P. ANCEL, “Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat”, (771) 774, nr. 5 (de auteur zelf verwijst voor de verklaring van de autonomie van het arbitragebeding echter naar de klassieke verklaring van de twee afzonderlijke overeenkomsten – *ibid.*, 802, nr. 46 en voetnoot 138); Zie tevens J. GHESTIN, C. JAMIN en M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, 5, nr. 2 en C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, 7 en 182-191.

<sup>1894</sup> Ancel beschouwt een verplichting om niet (of niet op een bepaalde manier) in rechte op te treden bijvoorbeeld niet als een verbintenis, maar als een niet-obligationeel effect van de overeenkomst (P. ANCEL, “Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat”, (771) nrs. 14-16 en 26-31): “Si l'une des parties saisit une juridiction autre que celle désignée par le contrat, la conséquence juridique n'apparaîtra pas sous la forme d'une sanction de l'inexécution d'une obligation : le tribunal se contentera de se déclarer incompétent et ce serait une vision fort réductrice que d'analyser cette décision d'incompétence comme une exécution forcée de l'obligation de ne pas agir devant ce tribunal!” (m.b.t. bevoegdheidsbedingen - *Ibid.*, voetnoot 73). De rechter die de vordering niet-ontvankelijk verklaart (bij arbitrage) of de behandeling van de zaak opschort (bij bemiddeling) past dus alleen maar de contractuele norm toe (“Le juge, ici, ne condamne pas un débiteur à exécuter, il déclare que le contrat lie les parties” – *Ibid.*, nr. 31-32). Zie tevens P. ANCEL en M. COTTIN, “L’efficacité procédurale des clauses de conciliation ou de médiation”, *D* 2003, (1386), I, A, derde alinea. In deze publicatie komt zowel het standpunt van de uitvoering in natura als van de contractuele norm aan bod.

<sup>1895</sup> De notie ‘postcontractuele’ effecten dekt dan ook de lading niet (zie tevens M. FONTAINE, “Naissance, vie et survie du contrat: quelques réflexions libres” in *Festschrift für Karl H. Neumayer zum 65. Geburtstag*, Baden-Baden, Nomos, 1985, (217) 226-227). De overeenkomst als dusdanig blijft namelijk bestaan. Slechts de verbintenissen worden aangetast. Men kan de rechtsgevolgen in kwestie evenmin bestempelen als ‘postobligationele’ effecten. De ‘postcontractuele’ effecten kunnen immers bestaan uit nieuwe verbintenissen die in werking treden, zoals een restitutieplicht, of uit reeds bestaande verbintenissen die van kracht blijven, zoals een geheimhoudingsplicht.

<sup>1896</sup> Zie voor een kritische analyse van deze clausules naar Duits recht: H. WESTERMANN, “Zur Problematik der ‘salvatorischen’ Klausel” in *Festschrift für Philipp Möhring zum 75. Geburtstag*, Wenen, Beck, 1975, 135-150 (er weze opgemerkt dat “salvatorische clausules” volgens de rechtspraak van het Duitse BGH alleen de bewijslast verschuiven: BGH 24 september 2002, *GRUR* 2004, 353). Zie tevens over de werkzaamheid van salvatorische clausules naar Duits recht: L. MICHALSKI en V. ROMERMANN, “Die Wirksamkeit der salvatorischen Klausel”, *NJW* 1994, 886-890. Zie naar Frans recht: C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 1992, 293; naar Belgisch (en Frans) recht: L. CORNELIS en V. SAGAERT, “Postcontractuele bedingen”, (291) 310-311; F. WALSCHOT, “Nietigheidsclausules” in *Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2004, 147-150.

of dat minstens een aantal cruciale bestanddelen onverlet moeten worden gelaten. Omgekeerd kunnen de partijen evenzeer overeenkomen dat bepaalde bestanddelen van de overeenkomst zo fundamenteel zijn dat het wegvallen daarvan steeds resulteert in de beëindiging van de hele overeenkomst (zie echter *infra* randnr. 546). Uit het voorgaande mag echter niet worden besloten dat de bindende kracht van de verbintenissen die uit de norm voortvloeien eeuwigdurend is. De werking van de norm kan worden beëindigd. In dat geval creëert hij geen verbintenissen meer naar de toekomst toe en in voorkomend geval worden ook de reeds opgetreden rechtsgevolgen uitgewist. De contractuele bepalingen blijven echter als referentie gelden voor de geschillen die voortvloeien uit de vroegere relatie tenzij de hele overeenkomst als dusdanig retroactief wordt uitgewist<sup>1897</sup>.

**541.** Beide bronnen van de autonomie hebben tot gevolg dat het geheimhoudingsbeding splitsbaar is omdat het niet ondeelbaar verbonden is met de rest van de overeenkomst en omdat zijn statuut als begeleidende afspraak evenmin impliceert dat het automatisch op dezelfde wijze verdwijnt als de contractuele basisverhouding<sup>1898</sup>. De verklaring van de eerste visie is dat het geheimhoudingsbeding als dusdanig een overeenkomst is. Volgens de tweede strekking vloeit de bindende kracht van de verschillende contractuele bestanddelen dan weer voort uit een achterliggende contractuele norm.

### 3. Vaststelling van de splitsbaarheid

**542.** De theoretische onderbouw uit de voorgaande paragraaf verklaart *in abstracto* het bestaan van onderling splitsbare contractuele bestanddelen, maar laat nog niet toe om het bestaan en de draagwijdte van de splitsbaarheid te toetsen in een concreet geval. De splitsbaarheid van specifieke contractuele afspraken zal afhangen van de wil van de partijen en de aard van de verbintenis of van de wil van de wetgever.

#### 3.1 Wil van de partijen en aard van de verbintenis als richtsnoer

**543. Interpretatie van de overeenkomst.** Het bestaan en de draagwijdte van de autonomie kan worden vastgesteld aan de hand van een subjectief criterium, namelijk de wil van de partijen, of een objectief criterium, meer bepaald de aard en strekking van de overeenkomst<sup>1899</sup>.

---

<sup>1897</sup> P. ANCEL, "Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat", (771) 803, nr. 45-47. Zie tevens J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, 291, nr. 237. Deze auteur verkiest om de principiële integrale restitutie in het verbintenissenrecht te verklaren via een contractuele restitutieplicht in plaats van een retroactieve uitwissing. Zie en vgl. de overwegingen bij L. CORNELIS en V. SAGAERT, "Postcontractuele bedingen", (291) 299-305.

<sup>1898</sup> Het adagium *accessorium sequitur principale* moet niet zodanig worden opgevat dat het *accessorium* op dezelfde wijze verdwijnt als het hoofdbestanddeel. Zij kan geldig tot stand gekomen zijn en slechts eindigen wegens verval omdat haar verdere behoud geen nut meer heeft naar de toekomst toe.

<sup>1899</sup> Vgl. met art. 3:41 NBW dat de nadruk legt op de inhoud en strekking van de rechtshandeling, maar waar niettemin discussie wordt gevoerd over het al dan niet subjectieve karakter van de toetsing (J. HJMA, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1988, 251-256, in het bijzonder 262-263 en 269; M. PELETIER, *Rechterlijke vrijheid en partij-autonomie*, Boom

De keuze voor een subjectieve of objectieve invalshoek wordt mede beïnvloed door de interpretatieprerogatieven waarover de rechter beschikt. Een rechter die de splitsbaarheid mag vaststellen op basis van louter objectieve argumenten, zonder te moeten terugkoppelen naar de reële wil van de partijen, kan actief tussenkomen in de contractuele rechtsverhouding met de goede trouw als normatief criterium<sup>1900</sup>. Hij interpreteert in feite wat de partijen op basis van de goede trouw hadden moeten willen in een bepaalde situatie<sup>1901</sup>. Deze zelfstandige normatieve bevoegdheid laat hem toe om af te wijken van de werkelijke partijwil indien hij vaststelt dat die wil niet strookt met wat redelijk is. De Belgische rechtsopvatting is overwegend gekant tegen deze ruime interpretatievrijheid<sup>1902</sup> uit vrees dat de wil van de partijen hierdoor wordt miskend. Klassiek wordt de interpretatietaak van de rechter eerder beperkt tot het bepalen van de werkelijke wil van de partijen zoals die blijkt uit de relevante intrinsieke of extrinsieke elementen van de overeenkomst (deze wil kan wel worden getoetst op rechtsmisbruik<sup>1903</sup>). De goede trouw speelt daarbij (naast haar *aanvullende* en *matigende* werking<sup>1904</sup>) slechts een *interpretatieve* rol. Zij laat de rechter toe om na te gaan welke betekenis de partijen *redelijkerwijze* (met het oog op de uitvoering te goeder trouw van de overeenkomst) konden hechten aan de verschillende intrinsieke en extrinsieke elementen. De rechter mag via zijn interpretatie daarentegen geen verplichtingen opleggen die onverenigbaar zijn met de aard en de strekking van de overeenkomst<sup>1905</sup>. Dit brengt een objectieve redelijkheidstoets aan zonder dat het primaat van de wilsovereenstemming wordt verlaten. De werkelijke wil van de partijen kan vervolgens, van zodra zij werd vastgesteld, desgevallend nog worden aangevuld of gematigd op basis van de goede trouw.

De matigende werking van de goede trouw betekent dat een beroep op een beding dat de (on)splitsbaarheid voorziet, naargelang de omstandigheden kan resulteren in rechtsmisbruik. De

---

Juridische Uitgevers, 1999, 30-34; C. CAUFFMAN, “Vers un endiguement du pouvoir modérateur du juge en cas de nullité?” (noot onder Cass. 23 maart 2006), *RCJB* 2007, (428) 443, nr. 36).

<sup>1900</sup> Cf. over dit begrip M.E. STORME, *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen: een onderzoek betreffende rechtsgrondslag, tekortkoming en rechtsverwerking bij overeenkomsten*, Brussel, Story-Scientia, 1990, 116 *et seq.*; M.E. STORME, “De invloed van de goede trouw op de contractuele schuldvorderingen”, *RW* 1989-90, 137-141. Vgl. L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, 283, nr. 233. Deze auteur ziet hier eerder een aanvulling van de overeenkomst in.

<sup>1901</sup> De artikelen 3.16 Unidroit en 4:116 PECL zijn in die in opgesteld m.b.t. de nietigheid: “Lorsqu'une cause d'annulation n'affecte que certaines clauses du contrat, l'annulation se limite à ces clauses à moins qu'en égard aux circonstances de la cause il ne soit déraisonnable de maintenir les autres dispositions du contrat” (art. 4:116 PECL).

<sup>1902</sup> W. DE BONDT, “Uitlegging van overeenkomsten naar de geest: mogelijkheden, grenzen en alternatieven”, *RW* 1996-97, (1001) 1012-1013 en de verwijzingen aldaar; S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, 393, nr. 280; A. DE BOECK, *Informatierechten en –plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, 371, nr. 852.

<sup>1903</sup> Zie o.m. H.C.F. SCHOORDIJK, “Het gebruik van open normen naar Belgisch en Nederlands privaatrecht” in *Liber amicorum Jacques Herbots*, Deurne, Kluwer, 2002, (325) 342.

<sup>1904</sup> Zie voor een analyse hiervan o.m. F. VERMANDER, “De interpretatie en aanvulling van een overeenkomst naar Belgisch recht” in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 21-45.

<sup>1905</sup> Cass. 23 maart 2006, *RW* 2006-07, 874, noot A. VAN OEVELEN.

sanctionering van dit misbruik kan erin bestaan dat de partij zich toch niet op het beding mag beroepen in het concrete geschil<sup>1906</sup>.

Het concrete bestaan en de draagwijdte van de splitsbaarheid wordt naar Belgisch recht in de eerste plaats bepaald door de wil van de partijen<sup>1907</sup>. Dit betekent niet dat objectieve elementen, zoals de aard of functie van het beding, de strekking en structuur van de overeenkomst of de impact van een gedeeltelijke uitwissing of opheffing van contractuele elementen op het resterende contractuele kader (kortom “*l'économie du contrat*”)<sup>1908</sup> buiten beschouwing moeten worden gelaten. Zij bieden

---

<sup>1906</sup> Cf. *supra* randnr. 503 over het herstel van rechtsmisbruik; zie ook o.m. F. VERMANDER, “De aanvullende werking van het beginsel van de uitvoering te goeder trouw van contracten in de 21ste eeuw: inburgering in de rechtspraak, weerspiegeling in de wetgeving en sanctionering” (noot onder Bergen 10 juni 2002 en Bergen 2 juni 2003), *TBH* 2004, (572) 575.

<sup>1907</sup> Cass. 27 februari 1959, *Pas.* 1959, I, 653 (wil van de partijen was gericht op de ondeelbaarheid); Cass. 14 mei 1959, *Pas.* 1959, I, 937 (ongeldige voorwaarde was geen doorslaggevende beweegreden bij een schenking); Cass. 6 april 1972, *Arr. Cass.* 1972, 733; zie tevens Cass. 8 september 1995, *R. Cass.* 1996, 87, noot B. WYLLEMAN (ondeelbaarheid die terug te leiden was op de wil van de partijen tussen twee overeenkomsten met het oog op de toepassing van de niet-uitvoeringsexceptie); Brussel 7 maart 2003, *JT* 2003, 663 (t.a.v. niet-uitvoeringsexceptie tussen meerdere overeenkomsten); Brussel 23 november 1995, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 1995, 654, noot K. PLATTEAU; Brussel 28 juni 1995, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 1995, 576; Luik 25 oktober 1994, *JLMB* 1995, 1251 (t.a.v. niet-uitvoeringsexceptie tussen meerdere overeenkomsten); Brussel 27 maart 1885, *Pas.* 1885, II, 241 (de vraag of het resterende gedeelte van een deels nietige dading kan worden behouden dan wel ondeelbaar met de nietige bestanddelen is verbonden, hangt af van de wil van de partijen en kan zelf het voorwerp zijn van een dading). Zie weliswaar Cass. 18 maart 1988, *RW* 1988-89, 711, noot E. DIRIX. F. RIGAUX, “L'autonomie de la clause compromissoire en droit belge”, (215) 220-221 en 225; *RPDB*, v° Transaction, nrs. 53-54; I. CLAEYS, “Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging”, (267) 306-308; L. CORNELIS en V. SAGAERT, “Postcontractuele bedingen”, (291) 305-311; P.A. FORIERS, “Les effets de la résolution des contrats pour inexécution fautive”, (223) 235-236, nr. 12-13. Zie tevens naar Frans recht: A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties in Bibliothèque de droit privé*, Parijs, R. Pichon en R. Durand-Auzias, 1980, 145, nr. 328; PH. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, 379, nr. 310; J.-B. SEUBE, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, 434 et seq., nr. 403 (“Le lien d'indivisibilité est toujours artificiel” en vloeit voort uit hetzij de wil van de partijen, hetzij de wil van de wetgever); P. MAYER, “Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire”, (359) 363, nr. 6; J. GHESTIN, C. JAMIN en M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, 553, nr. 494; J. MOURY, “De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats”, (255) 263; Ph. REIGNE, “La résolution pour inexécution au sein des groupes de contrats”, (151) 170; F. TERRE, Ph. SIMLER en Y. LEQUETTE, 419-421, nr. 420; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, I, *Contrat et engagement unilatéral*, Parijs, PUF, 2008, 439, nr. 176; F. NAMMOUR, *Droit et pratique de l'arbitrage interne et international*, 249, nr. 289; zie tevens het voorgestelde art. 1130-2, eerste lid (“Lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une clause de la convention, elle n'emporte nullité de l'acte tout entier que si cette clause a constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles”) van het Franse Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit à la prescription. Zie kritisch t.a.v. de subjectieve toetsing: C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, 285-303 (deze auteur wijst de strikt subjectieve benadering af voor de partiële nietigheid en stelt een objectief, teleologisch criterium in de plaats, namelijk het doel van de regel die tot de nietigheid leidt – cf. *infra* randnr. 20); zie reeds *Pand. B.*, v° Nullités, 552-554, nr. 266-273.

<sup>1908</sup> A. ZELCEVIC-DUHAMEL, “La notion d'économie du contrat en droit privé”, nr. 11. Zie m.b.t. de partiële nietigheid: PH. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, 372, nr. 305; S. STIJS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, 314-315 (m.i.v. partiële ontbinding); W. VAN GERVEN, *Beginselen van Belgisch privaatrecht. 1: Algemeen deel*, 426; S. STIJS, “Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming” in J. SMITS en S. STIJS (ed.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 243; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, 720-722; I. CLAEYS, “Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging”, (267) 305-309; *RPDB*, v° Transaction, nrs.

een hulpmiddel dat de rechter toelaat om in geval van onduidelijkheid de wil van de partijen te achterhalen via de interpretatie van de overeenkomst<sup>1909</sup> of dat de basis kan zijn voor een aanvulling van de overeenkomst. Bovendien kan de subjectieve wil naargelang de omstandigheden uitmonden in rechtsmisbruik of ongeldig zijn, hetgeen een toetsing van objectieve gegevens veronderstelt. De “economie van de overeenkomst” is relevant voor de interpretatie omdat zij een uiting is van de achterliggende wil van de partijen. De partijen zijn de overeenkomst immers aangegaan voor het bereiken van één of meer doelstellingen en hadden daarvoor een bepaald contractueel evenwicht voor ogen op het moment van de contractsluiting. Het feit dat één van deze doelstellingen (of een onderdeel van de globale doelstelling) wegvalt, impliceert niet noodzakelijk dat de verdere nastreving van de andere contractuele doelstellingen onmogelijk of zinloos is geworden. De splitsbaarheid is in dat opzicht een instrument om één of meer van deze doelstellingen (al dan niet gedeeltelijk) te blijven nastreven en zo de achterliggende wil van de partijen te respecteren ondanks het feit dat andere doelstellingen reeds bereikt zijn of niet meer bereikt kunnen worden. Daarbij kan men van sommige afspraken vermoeden dat de partijen hen als splitsbaar van de andere contractuele bestanddelen beschouwen. Zo wijst het voorwerp van een geheimhoudingsplicht reeds in de richting van de splitsbaarheid<sup>1910</sup> aangezien de duurzaamheid van deze verplichting cruciaal is voor de waarde van de prestatie.

Er moet bij de subjectieve toetsing worden nagegaan of de partijen een specifiek bestanddeel van de overeenkomst op het moment van de contractsluiting al dan niet als splitsbaar beschouwden ten aanzien van één, meerdere of alle andere contractuele bestanddelen. Het klassieke criterium voor de beoordeling van de splitsbaarheid in het Duitse recht is, in de context van de partiële nietigheid, of de contractspartijen -elk wat hen betreft- het resterende gedeelte van de rechtshandeling gewenst zouden hebben zonder het nietige bestanddeel (§ 139 BGB). Deze vraagstelling is tevens terug te vinden in het Franse en Belgische recht onder de noemer van de

---

53-54; H. TANDOĞAN, 72-77 (de rechter kan de economische doelstellingen van de overeenkomst in aanmerking nemen en nagaan wat de wil van een redelijke partij zou geweest zijn ten tijde van de contractsluiting). Zie m.b.t. de ontbinding: T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, 551-568 (deze auteur stelt een genuanceerde benadering voor waarbij zowel wordt rekening gehouden met de wil van de partijen als met objectieve elementen). Zie tevens de overwegingen bij J. GHESTIN, C. JAMIN en M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, 543, nr. 481 en 551, nr. 491; C. CAUFFMAN, “Pour la résolution partielle! Quelques remarques du point de vue belge à propos de la thèse de Mme Rigalle”, (155) 161. In het Franse Avant-projet voorziet artikel 1125 dat bedingen die in strijd zijn met het reële karakter van de oorzaak voor niet geschreven worden gehouden.

<sup>1909</sup> Kh. Brussel 9 mei 1989, *TRV* 1989, 349. Zie tevens J.-B. SEUBE, *L’indivisibilité et les actes juridiques*, 312-315, nrs. 275-277 en 448-450, nrs. 417-421. Zo is de ‘economie’ van de overeenkomst een geldig interpretatiemiddel in het Belgische recht (Cass. 25 maart 1965, *Pas.* 1965, I, 788; Cass. 20 september 1957, *Arr. Cass.* 1958, 14). Zie uitgebreid naar Frans recht: A. ZELCEVIC-DUHAMEL, “La notion d’économie du contrat en droit privé”, *JCP G* 2001, I, 300. Zie kritisch over deze notie; J. MESTRE, “L’économie du contrat”, *RTD Civ.* 1996, 901. Bij onduidelijkheid over de wil van de partijen kan desgevallend eerder de voorkeur worden gegeven aan de splitsbaarheid van individuele bedingen op basis van het in artikel 1157 BW vervatte interpretatievoorschrift, doch zonder dat dit *ipso facto* het geval mag zijn (cf. Cass. 24 november 1988, *Arr. Cass.* 1988-89, 364).

<sup>1910</sup> Cf. M.-E. ANDRE, M.-P. DUMONT en PH. GRIGNON, *L’après-contrat*, 123, nr. 155.



determinerende beweegreden (*cause déterminante*)<sup>1911</sup>. Zij vervult in die hoedanigheid een rol bij de toetsing van de aanwezigheid van de oorzaak van de overeenkomst. Hierbij wordt het belang van het problematische contractsgedeelte voor de contractsluiting in zijn geheel nagegaan. De nietigheid van een beding dat essentieel was voor de contractsluiting (m.a.w. de overeenkomst zou zonder dit bestanddeel niet tot stand zijn gekomen) leidt dan tot de nietigheid van de hele overeenkomst, terwijl de nietigheid van een beding dat niet essentieel was (m.a.w. de overeenkomst zou ook zonder dit beding tot stand zijn gekomen) het behoud van de rest van de overeenkomst niet in de weg staat. Deze vraagstelling levert als dusdanig echter niet steeds een bevredigend antwoord op. Het spreekt bijvoorbeeld voor zich dat partijen in de praktijk geen geheimhoudingsbeding zouden zijn aangegaan zonder het bestaan van een contractuele basisverhouding die bestemd is om te leiden tot de uitwisseling van vertrouwelijke informatie. De nood aan een informatieuitwisseling zou zonder deze basisverhouding eenvoudigweg niet zijn gerezen. De fictie waarbij het bestaan van de (per hypothese nietige) contractuele basisverhouding wordt weggedacht is daarom niet steeds dienstig voor de vaststelling van de reële partijwil. In werkelijkheid hebben nu eenmaal informatieuitwisselingen plaatsgevonden en werd het geheimhoudingsbeding net gesloten voor de bescherming daarvan. Het is daarom mogelijk dat partijen de geheimhoudingsplicht wensen te behouden ondanks de -al dan niet retroactieve- verdwijning van de basisverhouding, ook al zou het geheimhoudingsbeding nooit tot stand gekomen zijn zonder contractuele basisverhouding.

Een betere formulering van de vraagstelling is of het (voort)bestaan van het verdwijnende contractuele bestanddeel werd verheven tot determinerende beweegreden voor het (voort)bestaan van het contractuele bestanddeel waarvan de splitsbaarheid wordt onderzocht. Deze formulering spitst zich niet toe op de achterliggende motieven voor het aangaan van de overeenkomst in haar geheel, maar wel op de motieven voor het aangaan van de bedingen die niet rechtstreeks worden gevisieerd door de nietigheidsgrond. Dit verklaart de splitsbaarheid in hypothesen waar bedingen die essentieel waren voor de contractsluiting als dusdanig (d.i. één van de partijen zou nooit toegestemd hebben zonder dit beding) op één of andere wijze verdwijnen, maar het behoud van een ander beding niettemin strookt met de wil van de partijen (d.i. het (voort)bestaan van het verdwenen beding is niet determinerend voor het (voort)bestaan van dit andere beding). De beweegreden voor het aangaan van een geheimhoudingsbeding is bijvoorbeeld de bescherming resp. verkrijging van vertrouwelijke informatie. De verdwijning van de contractuele basisverhouding neemt niet weg dat vertrouwelijke informatie werd uitgewisseld en tast bijgevolg de oorzaak (of het voorwerp) van het geheimhoudingsbeding niet aan, ook al zou dit beding nooit geïsoleerd van de contractuele basisverhouding zijn totstandgekomen. In deze hypothese ligt een afzonderlijke determinerende beweegreden aan de basis van het geheimhoudingsbeding. Het beding is daardoor meer dan een louter *accessorium* van de contractuele basisverhouding, maar een bestanddeel van de overeenkomst dat op

---

<sup>1911</sup> Het criterium van de *cause impulsive et déterminante* komt in wezen neer op de wil van de partijen om de overeenkomst al dan niet gedeeltelijk te behouden indien een bestanddeel ervan nietig wordt verklaard (J.-B. SEUBE, 227, nr. 195 en 289, nr. 255).

gelijke hoogte staat met de contractuele basisverhouding waaruit de informatieverstrekkings voortvloeien.

Samengevat kan worden gesteld dat moet worden onderzocht of een specifiek contractueel bestanddeel bestemd is om de al dan niet retroactieve verdwijning van één of meer andere contractuele bestanddelen te overleven, wat het belang van de verdwenen bestanddelen ook was voor de bereidwilligheid om de overeenkomst in haar oorspronkelijke vorm aan te gaan. Daarbij moet worden nagegaan of de resterende contractuele bestanddelen blijven voldoen aan de geldigheidsvereisten van artikel 1108 BW. Dit impliceert het bestaan van een geldige toestemming ten aanzien van het beding als dusdanig, dat zijn eigen voorwerp behouden blijft en dat het een geldige oorzaak heeft. Geen enkele contractuele geldigheidsvereiste van de overblijvende bestanddelen mag met andere woorden volledig afhankelijk geweest zijn van de verdwijnende contractuele bestanddelen<sup>1912</sup>.

Een persoon wordt in het jaar 1888 aangeworven voor vijf jaar. Hij krijgt dankzij deze tewerkstelling uitzicht op een hoger diploma indien dat hij voldoende lang in dienst blijft. De persoon stemt op hetzelfde tijdstip in met een contractueel concurrentieverbod van acht jaar. De werkgever bedingt het recht om de arbeidsovereenkomst te allen tijde op te zeggen met een opzegtermijn van twee maanden. Het concurrentieverbod is echter bestemd om van kracht te blijven gedurende de overeengekomen termijn. De werkgever zegt de overeenkomst na enige tijd op en blijft zich beroepen op het concurrentieverbod. De rechter oordeelt echter dat dit concurrentieverbod geen oorzaak heeft (art. 1131 BW). Noch de uitbetaling van het loon, noch de mogelijkheid tot het bekomen van een diploma blijken een reële oorzaak te zijn voor dit verbod aangezien de werkgever deze voordelen op elk moment kon ontnemen door de stopzetting van de arbeidsrelatie<sup>1913</sup>.

**544. Uitdrukkelijk karakter van de wil tot splitsbaarheid of postcontractuele effecten?** Een deel van de rechtsleer verwijt de subjectieve toetsing dat zij riskeert te stranden op een louter hypothetische partijwil. De partijen hebben immers zelden stilgestaan bij de splitsbaarheid van de verschillende contractuele bestanddelen. Een louter hypothetische wil is een stellingname van de rechter over de vermoede wil van de partijen<sup>1914</sup>. Die stellingname wordt bereikt door te speculeren op wat de partijen

---

<sup>1912</sup> Zie tevens P.A. FORIERS en C. DE LEVAL, “Les effets de la dissolution du contrat sur les dispositions contractuelles” in *Questions spéciales en droit des contrats*, Brussel, Larcier, 2010, (161) 185-186 (deze auteurs stellen vast dat deelbaarheidsclausules geen uitwerking hebben ten aanzien van clausules die tot de essentie van de overeenkomst behoren, die nauw verbonden zijn met de economie van de overeenkomst en die er conceptueel niet van kunnen worden gescheiden).

<sup>1913</sup> Rb. Brussel 17 mei 1893, *Pas.* 1894, III, 35.

<sup>1914</sup> Zie de m.b.t. de partiële nietigheid aangehaalde verwijzingen evenals P. ANCEL en O. GOUT, noot onder Parijs 8 oktober 1998, *Rev. Arb.* 1999, (353) 358; PH. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, 372, nr. 305 (“Il est souvent illusoire, en effet, de vouloir rechercher une volonté des parties qui n'existe pas [...] Il ne faut cependant pas en conclure pour autant que, sous couvert de volonté présumée, le juge substitue sa propre volonté [...] ou qu'il se fonde sur des critères exclusivement objectifs. Car le juge devra se prononcer, finalement, [...] de ce qu'elles [les parties] auraient voulu si elles avaient connu le vice”) en 459, nr. 378 (“Les facteurs objectifs, dont l'importance pratique est indéniable, ne sont que des moyens d'établir la volonté hypothétique. Ils ne peuvent, dès lors, avoir qu'une valeur subsidiaire”); L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, 721; M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, 399; H. TANDOGAN, 71-82. Zie tevens C. MOULY-GUILLEMAUD, *Retour sur l'article 1135 du Code civil* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 2006, 506-523 (deze auteur

zouden hebben gewild indien zij zich bewust waren geweest van het feit dat bepaalde contractuele bestanddelen zouden verdwijnen na de contractsluiting. De klemtoon ligt daarbij (althans wat de partiële nietigheid betreft) op vraag naar de aannemelijkheid dat elk van de partijen de rechtshandeling zou hebben gewenst met weglating van de contractuele bestanddelen die achteraf moeten worden uitgewist<sup>1915</sup>.

Een aantal auteurs stellen daarom dat het “postcontractuele” voortbestaan van geheimhoudingsplichten uitdrukkelijk moet worden gestipuleerd in de overeenkomst<sup>1916</sup>. Men mag echter niet uit het oog verliezen dat de afwezigheid van een uitdrukkelijke regeling zich niet *ipso facto* vertaalt in het gebrek aan partijwil over het splitsbare karakter van de overeenkomst. Deze wil kan impliciet zijn en bijvoorbeeld blijken uit de doelstellingen van de partijen of worden afgeleid uit objectieve elementen. Een uitdrukkelijke regeling van de splitsbaarheid is weliswaar aan te raden omdat deze de kans op betwisting en de onzekere uitkomst van een rechterlijke interpretatie vermindert<sup>1917</sup>. Er is echter geen gemeenschappelijke verplichting in die zin. Het volstaat om na te gaan of een geheimhoudingsplicht werd bedongen en om vervolgens te onderzoeken of deze verplichting bestemd is om postcontractuele effecten teweeg te brengen. Een impliciete wil is daarbij een voldoende basis om deze splitsbaarheid te schragen<sup>1918</sup>. De strekking die een uitdrukkelijke regeling vereist, riskeert dan ook de werkelijke wil van de partijen te miskennen<sup>1919</sup>.

---

hanteert de notie ‘redelijke wil’ in plaats van impliciete wil als richtsnoer wanneer er geen uitdrukkelijke wil is ten aanzien van een bepaald aspect van de overeenkomst. Deze wil wordt vastgesteld op basis van de aard en functie van de verbintenis).

<sup>1915</sup> Cf. de formulering van § 139 BGB (“Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde”).

<sup>1916</sup> V. CAURA, 344, nr. 470 (“il importe donc que la survie postcontractuelle de l’obligation de confidentialité soit expressément stipulée”); C. VUILLEMIN-GONZALEZ, 339, nr. 434; M. VIVANT, “Les clauses de secret” in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Aix-Marseille, Presses universitaires d’Aix-Marseille, 1990, (101) 117. Zie tevens R. CHAABAN, *La caducité des actes juridiques* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 189-192, nrs. 210-213 en 427, nr. 505.

<sup>1917</sup> Ook al nodigt dit uit tot tautologische formuleringen die de wil van de partijen alleen maar beklemtonen (zoals “de beëindiging van deze overeenkomst en van de eruit volgende verbintenissen, ongeacht de oorzaak ervan, bevrijdt de partijen niet van de afspraken die ze hebben gemaakt m.b.t. de gevolgen van de beëindiging van de overeenkomst en de eruit volgende verbintenissen” – cf. L. CORNELIS en V. SAGAERT, “Postcontractuele bedingen”, (291) 333 (de auteurs stellen zelf dat het nut van deze clausule ligt in het bepalen van de partijwil)). Ofwel verdwijnt immers de ganse overeenkomst met inbegrip van deze clausule en de postcontractuele clausules; ofwel is dat niet het geval en dan is deze clausule geen essentiële vereiste voor de werking van de postcontractuele clausules.

<sup>1918</sup> Terecht in die zin: P. MIDDENDORF, *Nachwirkende Vertragspflichten*, Freiburg, Universitätsverlag Freiburg, 2002, 9, nr. 3 en 162, nr. 333-336; vgl. m.b.t. groepen van overeenkomsten met het oog op de optimalisering van fiscale voordelen: J. GHESTIN, *Cause de l’engagement et validité du contrat*, Parijs, LGDJ, 2006, 247-248, nr. 383 (“[...] c’est l’interprétation de la volonté commune des parties qui devrait donner la solution, sans que soit nécessairement exigée une ‘stipulation expresse’, dont l’insertion, dans un contrat d’adhésion rédigée par les promoteurs professionnels de tels montages, est pratiquement exclue”).

<sup>1919</sup> Vgl. met de discussie over het onderscheid tussen de “uitdrukkelijke” en de “ondubbelzinnige” aanvaarding (*supra* randnr. 68).

**545. Aanvulling van de overeenkomst.** De inhoud van (de verbintenissen die voortvloeien uit<sup>1920</sup>) een overeenkomst wordt daarnaast niet uitsluitend achterhaald op basis van de rechtstreekse wil van de partijen<sup>1921</sup>. De rechter kan bij gebrek aan andersluidende indicatie van een geldige partijwil<sup>1922</sup> tevens de verbintenissen die uit de overeenkomst voortvloeien, aanvullen via de wet<sup>1923</sup>, de billijkheid of het gebruik (cf. art. 1135 en 1160 BW). Ook hier kan te rade worden gegaan bij de “economie” van de overeenkomst.

In de praktijk kan de wil van de partijen de realiteit van de overeenkomst niet volstrekt negeren. Zo is een beroep op een beding van splitsbaarheid weinig zinvol ten aanzien van bestanddelen die onuitvoerbaar worden wanneer andere bestanddelen verdwijnen. Dit gevaar wordt wel deels beperkt door het bedingen van heronderhandelingsmechanismen of van alternatieve methodes om het voorwerp te (her)bepalen en zo het resterende gedeelte van de overeenkomst opnieuw uitvoerbaar te maken. Ten slotte weze herhaald dat de concrete partijwil kan resulteren in rechtsmisbruik. De rechter kan bijgevolg vaststellen dat een partij zich in een concreet geval niet op een beding van (on)splitsbaarheid mag beroepen.

### 3.2 Wil van de wetgever en de openbare orde als richtsnoer

**546.** De expliciete of impliciete wil van de wetgever kan steeds worden aangewend als een richtsnoer. In een aantal gevallen vereist de wetgever zelfs een volstrekt objectieve toetsing, d.w.z. een toetsing die volledig is losgekoppeld van of minstens primeert op de wil van de partijen. Een volstrekt objectieve toetsing impliceert dat het beding tegen de wil in van de partijen ten tijde van de contractsluiting een andere behandeling kan krijgen dan de rest van de overeenkomst (of desgevallend ondanks de wil van de partijen geen andere behandeling kan krijgen<sup>1924</sup>). Zo wordt de wil van de partijen ten tijde van de contractsluiting buiten beschouwing gelaten indien deze strijdig is met de openbare orde of regels van dwingend recht. Dit is het geval indien de nietigverklaring van de hele overeenkomst, in plaats van enkel het specifiek ongeldige bestanddeel ervan, de effectiviteit van dwingende, wettelijke

---

<sup>1920</sup> Cornelis stelt dat de rechter op basis van art. 1135 BW alleen verbintenissen uit de overeenkomst kan aanvullen en niet de overeenkomst als dusdanig kan aanvullen met nieuwe verbintenissen (L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, I, 324, nr. 265).

<sup>1921</sup> De vraag naar de vaststelling van de splitsbaarheid via de interpretatie of aanvulling van een overeenkomst in een concreet geval kadert in een breder debat over de enerzijds de invloed van de goede trouw bij de interpretatie (W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 56) en anderzijds de verhouding tussen interpretatie en aanvulling van de overeenkomst (cf. J. GHESTIN, *Les effets du contrat*, 74, nr. 54).

<sup>1922</sup> Het gebrek aan andersluidende indicatie wordt in deze context opgevat als een wil om de overeenkomst daadwerkelijk op die manier aan te vullen (Cass. 9 december 1999, *Arr. Cass.* 1999, 1601).

<sup>1923</sup> Zie bv. art. 17, 3° Arbeidsovereenkomstenwet; art. 6 Wet Precontractuele Informatie en art. 50 Wet Elektronische Communicatie.

<sup>1924</sup> In die zin voor schadebedingen: art. 1227, eerste lid BW.

beschermingsregels zou uithollen<sup>1925</sup>. Dit vermijdt dat de beschermde partij moet kiezen tussen ofwel de nietigheid van een beding in te roepen met daaraan gekoppeld het wegvallen van de hele overeenkomst (bv. wegens een ondeelbaarheidsbeding), dan wel zich neer te leggen bij de nietigheid van het ene beding teneinde het globale contractvoordeel niet te moeten opgeven. De wetgever voorkomt dit gevaar in een aantal gevallen door de deelbaarheid van ongeldige bedingen uitdrukkelijk te regelen. Een uitdrukkelijke regeling werd onder meer uitgewerkt voor onrechtmatige bedingen in de zin van de WMPC<sup>1926</sup>, van de Woningbouwwet<sup>1927</sup>, van de Arbeidsovereenkomstenwet<sup>1928</sup> en van de Wet op de Landverzekeringsovereenkomst<sup>1929</sup>. De wetgever kan tevens beperkingen stipuleren op de autonome werking van een beding ten aanzien van specifieke beëindigingsgronden<sup>1930</sup>.

<sup>1925</sup> De aard van de overtreden regel kan met andere woorden een partiële nietigheid vereisen, ook al is de wil van de partijen ten tijde van de contractsluiting in de andere zin gevestigd. D. VEAUX, "Contrats et obligations - Nullité ou rescision des conventions - Effets de la nullité", *JurisClasseur* 1994, nr. 102-111; S. STIJNS, "Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming", 242-244; I. CLAEYS, "Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging", (267) 308-310; P. MALAURIE, L. AYNES en P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Parijs, Defrénois, 2005, 343, nr. 719; N. RONTCHEVSKY, *L'effet de l'obligation*, Parijs, Economica, 1998, 394-395, nr. 735; C. CASEAU-ROCHE, 343-345, nr. 429; Y. PICOD, "Nullité", *Rép. civ. Dalloz* 2004, nr. 96-99; J. GHESTIN, *La formation du contrat*, Parijs, LGDJ, 1988, 1033-1044, nr. 895-900; F. TERRE, Ph. SIMLER en Y. LEQUETTE, 421-422, nr. 420. Vgl. I. MOREAU-MARGREVE en P. DELNOY, "Vente d'immeuble et dissimulation partielle du prix" (noot onder Cass. 18 maart 1988), *Ann.dr.Liège* 1989, (388) 394; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilités*, 292, nr. 494 *et seq.*; M.-E. ANDRE, M.-P. DUMONT en Ph. GRIGNON, *L'après-contrat*, 58, nr. 53; H. TANDOĞAN, 83-94; J.-B. SEUBE, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, 315, nr. 277; B. TEYSSIE, "Réflexions sur les conséquences de la nullité d'une clause d'un contrat", *D* 1976, (281) 283. Vgl. art. 1130-2, tweede lid ("La convention est maintenue si la finalité de la règle violée exige son maintien ou si la loi répute non écrite une clause qui, dès lors, ne lie pas le débiteur") van het Franse Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit à la prescription. Zie tevens C. CAUFFMAN, "Vers un endiguement du pouvoir modérateur du juge en cas de nullité?", *RCJB* 2007, (428) 433, nr. 14.

<sup>1926</sup> Art. 75, §1 WMPC (oud art. 33, §1 WHPC) stelt dat de overeenkomst bindend blijft *indien zij zonder het onrechtmatige beding kan voortbestaan*. De nietigheid van één of meerdere clausules werkt met andere woorden in principe niet door naar de rest van de overeenkomst. Zie ook vanuit een rechtsvergelijkend perspectief over de nietigheid van clausules in standaardovereenkomsten: K.-H. NEUMAYER, "Chapter 12. Contracting Subject to Standard Terms and Conditions" in VON MEHREN, A. (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law. Volume VII Contracts in General*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1999, 88-90, nr. 91.

<sup>1927</sup> Art. 13 van de Wet van 9 juli 1971 tot regeling van de woningbouw en de verkoop van te bouwen of in aanbouw zijnde woningen, *BS* 11 juli 1971. Dit artikel voorziet een keuzemogelijkheid tussen de nietigheid van de *hele overeenkomst* dan wel van alleen het *onrechtmatige beding in kwestie*.

<sup>1928</sup> Art. 6 van de Wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, *BS* 22 augustus 1978. Dit artikel stipuleert dat met die wet of haar uitvoeringsbesluiten strijdige *bedingen* nietig zijn indien zij de rechten van de werknemer verminderen of diens verplichtingen verzwaren. De werkgever kan bijvoorbeeld niet met een ondeelbaarheidsbeding bewerkstelligen dat het inroepen van de nietigheid van een arbitragebeding (*cf.* art. 13 Arbeidsovereenkomstenwet) door de werknemer leidt tot de nietigheid van de hele arbeidsovereenkomst.

<sup>1929</sup> Art. 12 van de Wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst, *BS* 20 augustus 1992 (i.v.m. de opzegging of nietigheid van combinatiepolissen). Dit artikel is van aanvullend recht m.b.t. de mogelijkheid tot partiële opzegging.

<sup>1930</sup> Zo stelt art. 65, voorlaatste lid Arbeidsovereenkomstenwet dat het arbeidsrechtelijke niet-concurrentiebeding géén uitwerking heeft wanneer aan de overeenkomst een einde wordt gemaakt tijdens de proefperiode ofwel na deze proefperiode door de werkgever en zonder dringende reden (d.i. een normaal ontslag van de werknemer) of door de werknemer om dringende reden (d.i. een ontslag op grond van een reden ten laste van de werkgever).

## 4. Gevolgen van splitsbaarheid

### 4.1 Algemeen

**547. Bescherming van het beding t.a.v. de contractuele basisverhouding: beoordeling op eigen merites.** De autonomie of splitsbaarheid van het beding ten aanzien van de rest van de overeenkomst waartoe zij behoort, laat toe om de geldigheid of werkzaamheid van het beding te beoordelen op haar eigen merites, zonder rekening te houden met het lot van de andere contractuele bestanddelen<sup>1931</sup>. Er is bijgevolg geen onlosmakelijke band -noch eenzijdige, noch wederkerige- te bespeuren waarbij een beëindiging van het ene bestanddeel *ipso facto* moet doorwerken naar andere bestanddelen. Dit betekent niet dat een geheimhoudingsbeding steeds uitwerking dient te krijgen. De autonomie ten aanzien van de contractuele basisverhouding immuniseert het beding immers *niet* tegen zijn *eigen* tekortkomingen<sup>1932</sup> of andere beëindigingsgronden die betrekking hebben op het beding zelf. De autonome werking vereist alleen een onderzoek dat zich toespitst op het bestaan of de werking van het beding zelf. Uit dit onderzoek kan nog steeds blijken dat de tekortkoming waarmee de rest van de overeenkomst te kampen krijgt op één of andere manier doorwerkt naar het beding als dusdanig.

**548. Bescherming van de contractuele basisverhouding t.a.v. het beding.** De autonomie van een beding kan ook in het voordeel van de rest van de overeenkomst werken: de nietigheid -of een andere grond van (al dan niet retroactieve) verdwijning- van een geheimhoudingsbeding (bv. een beding dat voorziet in een zwaardere geheimhoudingsplicht voor een werknemer) heeft niet noodzakelijk een weerslag op de geldigheid van de contractuele basisverhouding<sup>1933</sup>. De geldigheid van het geheimhoudingsbeding hoeft bijvoorbeeld geen doorslaggevend element te zijn geweest voor het aangaan van de contractuele basisverhouding. De partijen kunnen de overeenkomst zijn aangegaan met het oog op de contractuele basisverhouding als doorslaggevend element en met een geheimhoudingsbeding als nuttig, maar niet cruciaal accessorium<sup>1934</sup>. De ongeldigheid of miskenning van dit specifieke beding werkt dan niet door naar de contractuele basisverhouding.

---

<sup>1931</sup> F. RIGAUX, "L'autonomie de la clause compromissoire en droit belge", (215) 218; P. MAYER, "Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire", (359) 362, nr. 6. De autonomie vereist een onderzoek dat zich toespitst op het beding zelf. Zij sluit echter niet uit dat het beding te kampen krijgt met dezelfde tekortkoming (G. WAGNER, *Prozessverträge*, 330) als de rest van de overeenkomst (bv. dwang - zie *infra* randnr. 557).

<sup>1932</sup> Zie voor arbitrage o.a.: J. LEW, L. MISTELIS en S. KROLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, Londen, Kluwer Law International, 2003, 102-106.

<sup>1933</sup> Ph. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, 102, nr. 85; F. NAMMOUR, *Droit et pratique de l'arbitrage interne et international*, 248, nr. 287. Vgl. met art. 1227, tweede lid BW: "Nietigheid van het strafbeding heeft geenszins nietigheid van de hoofdverbintenis ten gevolge" en Brussel 18 februari 1972, *Pas.* 1972, II, 90 (nietigheid van een niet-concurrentiebeding strekt zich niet noodzakelijk uit tot de hele overeenkomst). Zie tevens *Pand. B.*, v<sup>o</sup> Clause accessoire, nr. 5. Zie voor een geval waarin twee overeenkomsten toch ondeelbaar verbonden waren en daardoor samen werden ontbonden: Cass. com. (fr.) 4 april 1995, *D* 1996, 141, noot S. PIQUET (NR. JurisData: 1995-000780).

<sup>1934</sup> Vgl. Parijs 21 februari 1997, nr. JurisData: 1997-022029 (wanprestatie t.a.v. de geheimhoudingsplicht rechtvaardigde niet de ontbinding van de hele overeenkomst omdat de

**549. Autonomie van contractuele verplichtingen t.a.v. hun eigen contractuele grondslag?** De splitsbaarheid van een geheimhoudingsbeding beschermt dit contractuele onderdeel van een betwisting over de geldigheid of werking van de contractuele basisverhouding. De partijen moeten zich in die hypothese aan het geheimhoudingsbeding houden ongeacht de uitkomst van deze betwisting. Een bijkomende complicatie rijst echter indien een partij ook de geldigheid of werking van het geheimhoudingsbeding als dusdanig in twijfel trekt. De uitkomst van dit geschil kan immers resulteren in de -al dan niet retroactieve- verdwijning van de geheimhoudingsplicht. De partij die de nakoming van de geheimhoudingsplicht in deze hypothese wenst te vrijwaren, dient een beroep te doen op de rechter in kort geding. Deze rechter zal het *prima facie* bestaan van een geldige geheimhoudingsplicht onderzoeken en, indien deze niet redelijkerwijze betwistbaar is, voorlopige maatregelen bevelen in afwachting van de afhandeling van het geschil ten gronde<sup>1935</sup>.

**550. Onrechtstreekse doorwerking van beëindigingsgronden.** Bestanddelen die buiten het rechtstreekse toepassingsgebied van de beëindigingsgrond vallen, kunnen nog steeds op onrechtstreekse wijze worden beïnvloed door het lot van de overige contractuele bestanddelen. De toepassing van het adagium *accessorium sequitur principale* betekent namelijk niet dat het ene bestanddeel op exact dezelfde wijze dient te verdwijnen als het andere<sup>1936</sup>. De verdwijning van bepaalde bestanddelen kan tot gevolg hebben dat andere bestanddelen, die deze gebeurtenis overleven, hun eigen bestaansreden verliezen. Ook deze beëindigingsgrond kan *ex tunc* of *ex nunc* uitwerking hebben. Zo kan de nietigheid van een contractueel bestanddeel wegens dwaling de nietigheid van een ander contractueel bestanddeel uitlokken omdat dit hierdoor nooit een oorzaak heeft gehad.

De verdwijning leidt tot het verval<sup>1937</sup> wegens bijvoorbeeld de verdwijning van (de toestemming of) het voorwerp of de (gecontractualiseerde) oorzaak<sup>1938</sup> van deze bedingen<sup>1939</sup>. Deze beëindigingsgrond heeft in beginsel slechts uitwerking *naar de*

---

geheimhoudingsplicht geen essentieel onderdeel van de overeenkomst werd geacht – *in casu* liet de rechter echter ook het geheimhoudingsbeding onverlet).

<sup>1935</sup> Arbh. Brussel 15 juli 2006, *JTT* 2006, 427; Luik 14 januari 2000, *TBH* 2000, 501; Voorz. Rb. Luik 2 februari 1984, *RCJB* 1987, 245, noot X. DIEUX.

<sup>1936</sup> Cf. over groepen van contracten Ph. REIGNE, “La résolution pour inexécution au sein des groupes de contrats” in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, Aix-Marseille, PUM, 1997, (151) 175; J.-M. MARMAYOU, 254-261, nr. 329-338 en 509-518, nr. 603-617; R. CHAABAN, 168-193, nr. 178-213; C. PELLETIER, *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, L'Harmattan, Parijs, 2004, 147, nr. 101 *et seq.*

<sup>1937</sup> Er wordt overigens gesuggereerd om uitsluitend het verval als sanctie te hanteren voor de verdwijning van een overeenkomst die deel uitmaakt van een groep overeenkomsten (S. AMRANI-MEKKI, “Indivisibilité et ensembles contractuels: l'anéantissement en cascade des contrats”, *Deffrénois* 2002, 355; R. CHAABAN, 168-189, nrs. 178-208). Zie tevens het voorgestelde art. 1172-3 van het Franse Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit à la prescription (t.a.v. samenhangende overeenkomsten).

<sup>1938</sup> J.M. MOUSSERON, P. MOUSSERON, J. RAYNARD en J.-B. SEUBE, 2005, 516, nr. 1321; M. BACACHE, “Contrats et obligations – indivisibilité”, *Rép. Civ. Dalloz*, 13, nr. 84.

<sup>1939</sup> Cf. Ph. REIGNE, “La résolution pour inexécution dans les groupes de contrats” in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, 177, nr. 40; E. SAVAUX, “Les nullités en cascade”, “Les nullités en

toekomst toe<sup>1940</sup>. Zelfs de latere retroactieve uitwissing van contractuele bestanddelen hoeft geen obstakel te zijn voor een louter verval *ex nunc* van andere contractuele bestanddelen. De retroactiviteit is immers slechts het resultaat van een juridische fictie<sup>1941</sup>. Zij verhindert niet dat in werkelijkheid bepaalde feiten hebben plaatsgevonden. De partijen kunnen hiervoor een regeling gewenst hebben die als dusdanig geldig is en bestemd is om voor het verleden overeind te blijven ongeacht het lot van de rest van de overeenkomst. Het verval kan bovendien gedeeltelijk zijn<sup>1942</sup> en beperkt blijven tot specifieke bestanddelen, terwijl andere onveranderd voortbestaan.

## 4.2 Gevolgen voor afspraken die de “postcontractuele” fase regelen

**551. Mogelijkheid tot uitwerking van een “postcontractuele” fase.** Het is niet betwist dat een overeenkomst nog rechtsgevolgen kan teweegbrengen nadat zij ogenschijnlijk werd beëindigd<sup>1943</sup>. De verklaring van deze postcontractuele werking is dat de beëindigingsgrond die een einde stelt aan de contractuele basisverhouding niet doorwerkt naar de bedingen die de postcontractuele fase regelen<sup>1944</sup>. Deze “postcontractuele” effecten kaderen nog steeds in de uitvoering van de oorspronkelijke overeenkomst<sup>1945</sup>. De miskennis van deze “postcontractuele” verplichtingen resulteert daardoor nog steeds in een contractuele

---

cascade” in M. BOUDOT en P.M. VECCHI (eds.), *La théorie des nullités*, Parijs, LGDJ, 2008, (111) 120-123. Het toepassingsgebied van het verval als beëindigingsgrond is niet beperkt tot de overeenkomst als dusdanig. Zij kan ook worden toegepast op specifieke bestanddelen die deel uitmaken van één overeenkomst (cf. F. GARRON, *La caducité du contrat*, thesis Universiteit Aix-Marseille, 1999, 283, nr. 233 *et seq.*). Men hoeft voor de toepassing van deze rechtsfiguur bijgevolg geen beroep te doen op het bestaan van een afzonderlijke overeenkomst. Zie tevens over het verval van een overeenkomst n.a.v. de nietigheid van een andere overeenkomst: I. SAMOY, “Nietigheid van een samenhangende overeenkomst: is er ruimte voor een sneeuwbal effect?”, *TPR* 2008, (555) 580-587, nrs. 30-41.

<sup>1940</sup> Zij kan ook een retroactieve werking hebben indien dit strookt met de wil van de partijen of indien de bedongen tegenprestatie eveneens is verdwenen (P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels*, 59 *et seq.*). Zie in dit verband tevens het voorgestelde art. 1131, tweede lid van het Franse Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit à la prescription (“La caducité produit effet, suivant les cas, rétroactivement ou pour l’avenir seulement”).

<sup>1941</sup> Zie over deze fictie m.b.t. nietigheid en ontbinding: G. WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l’analyse de l’acte juridique* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 1997, 277, nr. 296 *et seq.* Zie ook wat de ontbinding betreft: A. ETIENNEY, 365, nr. 495.

<sup>1942</sup> P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels*, 59 *et seq.*

<sup>1943</sup> Luik 15 januari 2001, *JT* 2001, 311; Kh. Charleroi 2 januari 2008, *JT* 2008, 195, noot; zie tevens P.A. FORIERS en C. DE LEVAL, “Les effets de la dissolution du contrat sur les dispositions contractuelles” in *Questions spéciales en droit des contrats*, Brussel, Larcier, 2010, (161) 183-185.

<sup>1944</sup> De postcontractuele fase kan, naast afspraken tussen de partijen, ook voortvloeien uit specifieke wettelijke bepalingen, de algemene grondslag van art. 1134 BW of in sommige gevallen 1382 BW (A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, 425-427, nrs. 980-988).

<sup>1945</sup> In die zin: Cass. 18 mei 2006, *RW* 2006-07, 682. Artikel 26 van de Handelsagentuurwet stelt dat de rechtsvorderingen met betrekking tot de agentuurovereenkomst verjaren minstens één jaar na de beëindiging van de overeenkomst. Deze termijn begint voor een vordering met betrekking tot de miskennis van een (“postcontractueel”) niet-concurrentiebeding pas te lopen vanaf het tijdstip waarop die verbintenis een einde neemt. Het Hof overweegt hieromtrent dat “indien de agentuurovereenkomst een concurrentiebeding bevat, de verbintenis tot nakoming ervan een gevolg [is] van deze overeenkomst”. Deze zinsnede kan worden opgevat als de bevestiging dat ook de naleving van het niet-concurrentiebeding deel uitmaakt van de uitvoering van de overeenkomst.



aansprakelijkheid<sup>1946</sup>, zodat de notie “postcontractueel” een vertekend beeld geeft van de werking van het toepasselijke regime.

De mogelijkheid tot “postcontractuele” effecten die gepaard gaat met de splitsbaarheid van contractuele bestanddelen verklaart waarom beëindigingsgronden die de contractuele basisverhouding (bv. de franchise-, distributie-, licentie- of onderhandelingsovereenkomst) aantasten niet hoeven door te werken naar het geheimhoudingsbeding dat daar aan gekoppeld is. De partijen zijn *ab initio* overeengekomen om een geheimhoudingsplicht in acht te nemen ongeacht het lot van deze contractuele basisverhouding. De beëindiging van deze basisverhouding kan wel een onrechtstreekse weerslag hebben op de geheimhoudingsafspraken. Zij heft namelijk de bestaansreden op van het *disclosure window*. Er zullen immers geen nieuwe geheimhoudingsplichten meer voortvloeien uit de contractuele basisverhouding. Het *disclosure window* wordt daarom *ex nunc* gesloten, hetzij wegens uitdoving indien dit tijdstip de rol vervulde van zekere gebeurtenis bij een uitdovende termijn, hetzij wegens verval indien de verdwijning van de overeenkomst in de praktijk betekent dat geen informatie meer zal worden uitgewisseld. De reeds ontstane geheimhoudingsplichten verdwijnen echter niet aangezien zij niet rechtstreeks worden gevisieerd door de beëindigingsgrond en evenmin komen te vervallen aangezien hun naleving nog steeds mogelijk en zinvol is.

**552. Tijdstip totstandkoming.** Postcontractuele afspraken zijn onderworpen aan de gemeenrechtelijke totstandkomingsvereisten van contractuele bepalingen<sup>1947</sup>. Zij worden normalerwijze samen onderhandeld met de rest van de contractuele bestanddelen (hetzij uitdrukkelijk, hetzij impliciet) en maken daardoor deel uit van de oorspronkelijke contractsluiting, ook al zijn zij bestemd om pas in werking te treden na de beëindiging van de contractuele basisverhouding. Deze afspraken kunnen echter, zoals elke andere contractuele bepaling naderhand worden toegevoegd aan de contractuele relatie tussen de partijen. Het voorstel om de overeenkomst aan te vullen met postcontractuele afspraken is te beschouwen als een aanbod tot contractwijziging. Dit aanbod kan niet eenzijdig worden opgedrongen aan de medecontractant, maar vereist een bijkomende wilsovereenstemming (art. 1108 BW). Ten slotte kunnen postcontractuele afspraken worden uitgewerkt naar aanleiding van de beëindiging van de contractuele basisverhouding, bijvoorbeeld in een overeenkomst tot gezamenlijke herroeping (art. 1134, tweede lid BW) of een dading die de gevolgen van deze beëindiging regelt.

**553. Tijdstip inwerkingtreding.** Afspraken die de postcontractuele fase regelen, viseren niet noodzakelijk alleen verbintenissen die bestemd zijn om pas in werking te

---

<sup>1946</sup> Ch. LE STANC, “Existe-t-il une responsabilité postcontractuelle?”, *JCP* 1978, II, 12735, nr. 9. Daarnaast is ook een andere vorm van postcontractuele doorwerking van de overeenkomst mogelijk. Het feit dat ooit een overeenkomst heeft bestaan kan namelijk relevant zijn voor het beoordelen van de buitencontractuele aansprakelijkheid van de partijen voor verplichtingen die nochtans niet rechtstreeks uit de overeenkomst voortvloeien (*Ibid.*, nrs. 16 *et seq.*).

<sup>1947</sup> Cf. C. CASEAU-ROCHE, *Les obligations postcontractuelles*, 180-184, nr. 212-214.

treden na afloop van de contractuele basisverhouding. Zij kunnen *ten eerste* voorzien dat reeds bestaande verbintenissen ongewijzigd blijven doorlopen na dit tijdstip.<sup>1948</sup>

**Voorbeeld:** “7. Confidentiality Period: The confidentiality obligations under this Agreement shall survive the expiration or earlier termination of this Agreement”<sup>1949</sup>.

*Ten tweede* kunnen zij reeds bestaande verbintenissen laten voortduren in gewijzigde vorm<sup>1950</sup>.

“Pendant la durée du présent contrat et les deux années suivant son expiration, le Consultant ne divulgue aucune information exclusive ou confidentielle concernant les services, le présent contrat, les affaires ou les activités de l’Autorité contractante locale sans avoir obtenu au préalable l’autorisation écrite de celle-ci”<sup>1951</sup>.

De geheimhoudingsplicht kan voortbestaan in een verstrengde vorm. De stopzetting van de contractuele basisverhouding kan namelijk de uitzonderingen op het toegestane gebruik of de toegestane verspreiding van de informatie opheffen aangezien deze specifiek voor de uitvoering van de contractuele basisverhouding waren bedongen.

Zo kent een licentieovereenkomst in haar artikel 2 een beperkt gebruiksrecht van 42 dagen toe (art. 2.4) voor de evaluatie van de meegeleverde informatie. Zij bevat tevens een *non-disclosure* verplichting (art. 5). Artikel 8 regelt vervolgens de postcontractuele fase van de overeenkomst en meldt onder meer: “8.5. Upon termination or expiration of the Agreement, the terms and conditions that intend to survive the termination or expiration of the Agreement will remain in force. Such terms and conditions include, without limitation, the articles 5, 6, 7 and 11”<sup>1952</sup>. Het beperkte gebruiksrecht wordt hierdoor beëindigd na 42 dagen, terwijl de niet-verspreidingsplicht onverkort blijft voortbestaan.

Zij kan tevens voortbestaan in een mildere vorm. Dit is het geval wanneer de beëindiging van de contractuele basisverhouding het vertrekpunt is voor de inwerkingtreding van een *residual information clause* of wanneer deze datum wordt aangewend voor de aflijning van de einddatum van de geheimhoudingsplicht, zoals gebeurt in het hierboven aangehaalde voorbeeld. In deze hypothese wordt de verbintenis zowel in haar oorspronkelijke vorm als in haar gewijzigde vorm reeds vastgelegd in de overeenkomst<sup>1953</sup>. *Ten derde* kunnen postcontractuele afspraken volledig nieuwe verbintenissen in werking laten treden<sup>1954</sup>. Voorbeelden van dit

---

<sup>1948</sup> Ch. LE STANC, “Existe-t-il une responsabilité postcontractuelle”, *JCP* 1978, II, 12735, nr. 4-6; C. CASEAU-ROCHE, *Les obligations postcontractuelles*, 190, nr. 222.

<sup>1949</sup> [http://ohiocommercialinvestments.com/downloads/lincolnvillage/lincolnvillage\\_ca.pdf](http://ohiocommercialinvestments.com/downloads/lincolnvillage/lincolnvillage_ca.pdf).

<sup>1950</sup> Ch. LE STANC, “Existe-t-il une responsabilité postcontractuelle”, *JCP* 1978, II, 12735, nr. 7-9; C. CASEAU-ROCHE, *Les obligations postcontractuelles*, 191, nr. 223.

<sup>1951</sup> <http://www.finances-guinee.org>.

<sup>1952</sup> [http://www.sumo.intec.ugent.be/files/20080402\\_\(SUMO\\_internal\\_evaluation\).pdf](http://www.sumo.intec.ugent.be/files/20080402_(SUMO_internal_evaluation).pdf).

<sup>1953</sup> A. GHOZI, 184, nr. 448.

<sup>1954</sup> Ch. LE STANC, “Existe-t-il une responsabilité postcontractuelle”, *JCP* 1978, II, 12735, nr. 10-15; C. CASEAU-ROCHE, *Les obligations postcontractuelles*, 184, nr. 215. Caseau-Roché neemt dit type als uitgangspunt. Zij beschouwt het ongewijzigde voortbestaan van een verbintenis als een *dérogation effective* ervan en het gewijzigde voortbestaan als een *dérogation apparante* (de inwerkingtreding van

laatste zijn de verbintenis tot teruggave of vernietiging van vertrouwelijke informatiedragers of de inwerkingtreding van een bijkomende geheimhoudingsplicht over de omstandigheden waarin de beëindiging heeft plaatsgevonden.

De inwerkingtreding van deze gewijzigde of nieuwe verbintenissen is gekoppeld aan de opschortende termijn van de beëindiging van de contractuele basisverhouding. Zij zijn voordien niet opeisbaar.

**554. Tijdstip inwerkingtreding van postcontractuele afspraken.** De aanvangsdatum van de postcontractuele effecten is in beginsel afhankelijk van de *definitieve stopzetting* van de door de partijen beoogde contractuele bestanddelen. Bij een opzegging is dit na afloop van de eventueel toegekende opzegtermijn. Voordien blijven de opgezegde contractuele verplichtingen immers onverkort van kracht. Een bijzondere complicatie hierbij is de hypothese waarin één van de partijen haar medecontractant vrijstelt van de naleving van de contractuele bestanddelen in kwestie gedurende de opzegtermijn. Men kan hierbij stellen dat de postcontractuele effecten aanvangen van zodra de vrijstelling ingaat zelfs al is de opzegtermijn nog niet verstreken<sup>1955</sup>. Dit standpunt kan alleen worden gevolgd indien deze eenzijdige rechtshandeling een volwaardig einde stelt aan de volledige contractuele basisverhouding. Een eenzijdige vrijstelling stelt bijvoorbeeld geen einde aan een contractuele basisverhouding met wederkerige verbintenissen. Dit is alleen het geval indien de partijen elkaar wederzijds vrijstellen van verdere uitvoering. Zoniet kan de andere partij nog steeds aanspraak maken op haar tegenprestatie en blijven de postcontractuele afspraken opgeschort totdat de opschortende termijn daadwerkelijk is afgelopen.

De partijen kunnen om twijfel te vermijden ook uitdrukkelijk stipuleren dat hun geheimhoudingsafspraken géén postcontractuele effecten beogen:

“3.2 Following the period of confidentiality as specified in Section 3.1, no obligation is assumed by, or is to be implied against the receiving party with respect to such Confidential Information and such information will be considered non-confidential”<sup>1956</sup>.

#### 4.3. Autonomie en de interne splitsbaarheid van bedingen

**555.** De partijen kunnen beslissen om verschillende geheimhoudingsafspraken uit te werken in één beding. Gelet op de grotere complexiteit van deze bedingen neemt de kans op misverstanden of ongelukkige formuleringen toe, waardoor het gevaar bestaat dat een onwillige partij op een later tijdstip de geldigheid of de werking van de geheimhoudingsplicht in haar geheel in twijfel trekt.

---

de wijziging is immers opgeschort). Daarnaast wijst zij op het bestaan van een *dérogation potestative* waarbij een van de contractanten zelf kan beslissen over de uitoefening van het postcontractuele recht.

<sup>1955</sup> C. CASEAU-ROCHE, *Les obligations postcontractuelles*, 187, nr. 219.

<sup>1956</sup> [http://www.colinx.com/pdfs/CoLinuxStandard\\_Mutual\\_NDA.pdf](http://www.colinx.com/pdfs/CoLinuxStandard_Mutual_NDA.pdf).

Dit leidt tot de vraag of een beding in geval van betwisting steeds als één geheel moet worden beoordeeld, dan wel of de verschillende individuele afspraken autonoom van elkaar kunnen opereren<sup>1957</sup>. In het eerste geval heeft een probleem ten aanzien van één of meerdere onderdelen van het beding eveneens uitwerking op de andere onderdelen. In het tweede geval kunnen ook de individuele onderdelen van het beding op hun eigen merites worden getoetst. De tweede mogelijkheid is de meest consequente omdat de splitsbaarheid van bedingen als dusdanig in het verlengde ligt van de splitsbaarheid die hierboven werd vastgesteld voor de splitsbaarheid van bedingen ten aanzien van de rest van de overeenkomst. De autonomie moet dan ook niet beperkt blijven tot een 'externe' splitsbaarheid van één beding (of enkele bedingen) ten opzichte van alle andere bedingen. Bedingen kunnen ook intern splitsbaar zijn<sup>1958</sup>. Specifieke elementen binnen éénzelfde beding kunnen daardoor ongeldig of onwerkzaam zijn zonder dat de gevolgen daarvan zich hoeven uit te strekken tot de andere delen van dat beding. Deze interne autonomie heeft tot gevolg dat de ongeldigheid van de geheimhoudingsplicht ten aanzien van één specifiek voorwerp niet hoeft door te werken naar de andere voorwerpen van de geheimhoudingsplicht.

De vaststelling dat een geheimhoudingsovereenkomst of -beding geen nieuwe geheimhoudingsplichten meer tot stand zal brengen wegens sluiting van het *disclosure window* (wat bv. het resultaat kan zijn van de verdwijning van de contractuele basisverhouding), betekent bijvoorbeeld niet dat ook de bestaande geheimhoudingsplichten zijn vervallen. Hun uitvoering is immers niet onmogelijk geworden en een dergelijke verzwakking van de geheimhoudingsplicht zal vermoedelijk ook niet overeenstemmen met de wil van de partijen.

## 5. Concrete bescherming tegen de doorwerking van een beëindigingsgrond

### 5.1 Splitsbaarheid en de beëindiging *ex tunc* van de contractuele basisverhouding

**556.** De beëindiging *ex tunc* van de inhoud van een overeenkomst leidt tot de principiële uitwissing ervan voor zowel het verleden als de toekomst. Dit sluit niet alleen de totstandkoming van nieuwe rechten en plichten uit, maar impliceert ook de verdwijning van reeds verworven rechten en plichten. De contractuele grondslag waarop deze rechten en plichten zijn gebaseerd, wordt immers geacht nooit te hebben bestaan en dus nooit enig rechtsgevolg te hebben veroorzaakt. De notie splitsbaarheid is hier een nuttig instrument om bepaalde contractuele effecten uit te zonderen van de retroactieve uitwissing. De bewijslast bij de vraag of een bepaald rechtsgevolg al dan

---

<sup>1957</sup> Zie tevens de analyse van M. PRYLES, "Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses", *J. Int. Arb.* 2001, (159) 165.

<sup>1958</sup> Zie bv. Cass. 27 januari 1994, *Soc. Kron.* 1994, 75, noot J. JACQMAIN; Rb. Brugge 9 oktober 2000, *RW* 2001-02, 1325 (nietigheid van een verzekeringsbeding m.b.t. wederopbouw of wedersamenstelling "voor hetzelfde gebruik in België") Vred. Kraainem 2 augustus 1984, *T.Agr.R.* 1987, 226 (exoneratiebeding). PH. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, 8, nr. 8; I. CLAEYS, "Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging", (267) 311. Zie ook M. MEKKI, "Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1re partie)", 1051 en M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat*, 589-590, nr. 1002; A. FRISON-ROCHE, "Le contrat et la responsabilité: consentements, pouvoirs et régulation économique", (43) 49, nr. 16.

niet moet worden uitgewist, verschilt naargelang de opvatting die men hanteert over het toepassingsgebied van de beëindigingsgrond: ofwel viseert deze grond principieel alle contractuele bestanddelen en moet worden aangetoond dat specifieke contractuele bestanddelen uitgezonderd zijn van de retroactieve<sup>1959</sup> uitwissing, ofwel is het toepassingsgebied beperkt tot een specifiek contractueel bestanddeel en blijven de overige contractuele bestanddelen onverkort van kracht behoudens het tegenbewijs dat de beëindigingsgrond naar hen doorwerkt of dat zij worden aangetast door een andere beëindigingsgrond.

### 5.1.1 Splitsbaarheid en de nietigheid van de contractuele basisverhouding

**557.** De nietigverklaring is een sanctie die wordt toegepast op een rechtshandeling waarvan één van de geldigheidsvereisten niet blijkt te zijn voldaan. Een klassiek uitgangspunt luidt dat de nietigheid steeds betrekking heeft op de hele overeenkomst<sup>1960</sup>. Dit uitgangspunt wordt enerzijds gesteund op art. 1172 BW dat (in tegenstelling tot art. 900 BW dat alleen rechtshandelingen om niet viseert) stelt dat iedere voorwaarde die bestaat in iets dat onmogelijk is, met de goede zeden strijdig is of door de wet verboden is, nietig is en de overeenkomst ‘die ervan afhangt’ eveneens nietig maakt<sup>1961</sup>. Dit artikel heeft echter een beperkte draagwijdte aangezien het slechts de voorwaarde viseert<sup>1962</sup>. De gebruikte bewoordingen impliceren bovendien niet dat elke ‘overeenkomst’ *ipso facto* afhankelijk is van de voorwaarden die erin worden gestipuleerd. Voorwaarden spitsen zich in beginsel immers toe op specifieke

<sup>1959</sup> In de analyse van de contractuele norm is het beroep op de rechtsfiguur van de retroactiviteit overigens niet noodzakelijk (J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, 291, nr. 237).

<sup>1960</sup> België: Antwerpen 19 januari 1998, *TAVW* 1999, 108 (op basis van art. 6 Wet Landverzekeringsovereenkomst – zie echter *infra* voetnoot 1965); W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, I, Leuven, Acco, 2001, 91; P. WERY, “Vue d’ensemble sur les causes d’extinction des contrats” in *La fin du contrat*, Luik, CUP, 2002, 21, nr. 11; P. WERY, *Droit des obligations*, I, *Théorie générale du contrat*, 2010, 331; L. CORNELIS en V. SAGAERT, “Postcontractuele bedingen”, (291) 305; S. STIJNS, “La dissolution du contrat par un acte unilatéral en cas de faute dans l’inexécution ou de vice de formation”, *La volonté unilatérale dans le contrat*, Brussel, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 2008, (325) 412, nr. 69; Frankrijk: D. VEAUX, “Contrats et obligations - Nullité ou rescision des conventions - Effets de la nullité”, *JurisClasseur* 1994, nr. 66 en 80; J. GHESTIN, “L’effet rétroactif de la résolution des contrats à exécution successive”, (203) 220; A. GHOZI, *La modification de l’obligation par la volonté des parties* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, R. Pichon en R. Durand-Auzias, 1980, 144-145, nr. 327-329; Y. PICOD, “Nullité”, *Rép. civ. Dalloz* 2004, nr. 95; M.-E. ANDRE, M.-P. DUMONT en PH. GRIGNON, *L’après-contrat*, 57, nr. 50 en 60, nr. 56; J.-B. SEUBE, *L’indivisibilité et les actes juridiques*, 171, nr. 137 en 319, nr. 285; R. CHAABAN, 175, nr. 192; F. TERRE, Ph. SIMLER en Y. LEQUETTE, 418, nr. 419; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, I, *Contrat et engagement unilatéral*, Parijs, PUF, 2008, 438, nr. 176. Vgl. met het uitgangspunt in het Duitse recht: “Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde” (art. 139 Bürgerliches Gesetzbuch) en met het tegengestelde uitgangspunt in het Zwitserse recht: “Si le contrat n’est vicié que dans certaines de ses clauses, ces clauses sont seules frappées de nullité, à moins qu’il n’y ait lieu d’admettre que le contrat n’aurait pas été conclu sans elles” (art. 20 Code des Obligations; vgl. met het Nederlandse art. 3:41 NBW dat de nadruk legt op de inhoud en strekking van de handeling).

<sup>1961</sup> Kritisch: W. VAN GERVEN, *Beginnelen van Belgisch privaatrecht. I: Algemeen deel*, Brussel, Story-Scientia, 1987, 424-426; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, 718.

<sup>1962</sup> Zie echter de nuancering van de betekenis van deze terminologie en locatie van dit wetsartikel bij R. BARBAIX, “Artikel 900 B.W. en de omvang van de nietigheid, bekeken en beoordeeld vanuit het gemene verbintenissen- en overeenkomstenrecht”, *TBBR* 2009, (3) 7, nr. 11.

verbintenissen die in de overeenkomst werden opgenomen en hun nietigheid vormt daardoor niet noodzakelijk een obstakel voor het voortbestaan van andere contractuele bestanddelen. Anderzijds is er de opvatting dat een partiële tussenkomst zou resulteren in een andere overeenkomst dan de partijen zijn overeengekomen<sup>1963</sup>. Deze opvatting verliest uit het oog dat de splitsbaarheid net terug te leiden kan zijn op de wil van de partijen of, in de hypothese dat de overeenkomst wordt aangevuld, deze wil niet miskent of minstens terug te leiden is op een wettelijke grondslag.

Een globale nietigverklaring van de hele overeenkomst en al haar effecten is problematisch voor het geheimhoudingsbeding omdat zij geen ruimte laat voor het behoud van bedingen die net tot doel hebben om de retroactieve uitwissing te overleven<sup>1964</sup>. De meerderheid van de rechtspraak en rechtsleer aanvaardt echter dat niet elke nietigheid een dergelijke ruime draagwijdte hoeft te krijgen<sup>1965</sup>. De impact

<sup>1963</sup> Zie Gent 25 mei 2005, *DAOR* 2005, 334 (niet-concurrentiebeding kan niet worden gematigd of gedeeltelijk nietigverklaard omdat dit de overeenkomst tussen de partijen zou wijzigen en daarvoor geen wettelijke basis bestaat. Dit arrest verzet zich echter niet tegen de partiële nietigheid van het beding als dusdanig t.a.v. de voor het overige geldige overeenkomst); vgl. Luik 13 december 2004, *JLMB* 2005, 1468). Zie tevens L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, 723 (m.b.t. de partiële nietigheid) en J. GHESTIN, C. JAMIN en M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, 552, nr. 491; C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, 127-128 (m.b.t. de partiële ontbinding). Het is correct dat een gedeeltelijke nietigverklaring zou leiden tot een “andere” overeenkomst dan wat de partijen oorspronkelijk zijn overeengekomen. Dit is echter niet problematisch aangezien de tussenkomst van de rechter, naast een specifieke wettelijke grondslag, kan worden gesteund op de wil van de partijen als dusdanig of op de aanvullende werking van de wet, het gebruik of de billijkheid. De vraag is niet of de uiteindelijke overeenkomst verschilt van de oorspronkelijke, maar wel of dit strookt met de wil van de partijen en, zoniet, of de wil van de partijen zich mag verzetten tegen de tussenkomst van de rechter.

<sup>1964</sup> Cf. Cass. 1<sup>e</sup> civ. (fr.) 6 maart 1996, *D* 1997, 97, noot Y. SERRA (“Mais attendu qu’une partie ne peut demander l’exécution d’aucune des stipulations d’un contrat mis à néant, s’agit-il de la clause de non-concurrence qui y était insérée” – t.a.v. een ontbonden overeenkomst).

<sup>1965</sup> HvJ 13 juli 1966, nrs. 56-58/64, *Consten / Gründig*, *Jur. H.v.J.* XII, 499; HvJ 14 december 1984, nr. 319/82, *Ciments et bétons / Kerpen & Kerpen*, *Jur. H.v.J.* 1983, 4173; Cass. 13 oktober 1960, *Pas.* 1961, I, 160 (m.b.t. een overeenkomst met twee voorwerpen); Cass. 2 september 1971, *Pas.* 1972, I, 3 (m.b.t. een arbitrale beslissing); Cass. 9 juni 2006, *NjW* 2007, 511, noot G. JOCQUE (op basis van art. 6 Wet Landverzekeringsovereenkomst); Brussel 4 mei 1998, *J.T. dr. eur.* 1998 (verkort), 161; Brussel 23 november 1995, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 1995, 654, noot K. PLATTEAU; Brussel 28 juni 1995, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 1995, 576; Brussel 18 februari 1972, *Pas.* 1972, II, 90; Brussel 27 maart 1885, *Pas.* 1885, II, 241; Rb. Hasselt 23 oktober 2000, *TBBR* 2001, 324; Rb. Doornik 25 juni 1980, *T. Aann.* 1982, 81; Rb. Brussel 4 april 1974, *JT* 1974, 588 (“que certes la nullité d’une clause illicite n’entraîne la nullité du contrat [...] que si la clause querellée est indivisiblement liée aux autres dispositions conventionnelles”); *contra* Brussel 18 juni 1986, *RW* 1986-87, 2306; Rb. Brussel 16 november 1999, *JT* 2000, 69. Vgl. met Cass. 16 juni 2000, *Echtscheidingsjournaal* 2001, 31, noot P. SENAËVE en *RW* 2000-01, 238, noot W. PINTENS; zie tevens Vred. Hoogstraten 27 januari 1953, *RW* 1953-54, 809. Zie verder o.m.: H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, 758, nr. 786; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, 722, nr. 571; R. BARBAIX, “Artikel 900 B.W. en de omvang van de nietigheid, bekeken en beoordeeld vanuit het gemene verbintenissen- en overeenkomstenrecht”, *TBBR* 2009, 3-18 (deze auteurs stellen dat de nietigheid van de overeenkomst zich in de regel uitstrekt tot alle bedingen, ook de accessoire afspraken, maar dat dit geen noodzaak is); zie overigens reeds: R. VANDEPUTTE, *Beginselen van nijverheidsrecht*, 314. Frankrijk: R. JAPIOT, *Des nullités en matière d’actes juridiques*, Parijs, Rousseau, 1909, 23 en 296-297 (deze auteur stelt dat de nietigheid betrekking heeft op de gevolgen van de akte en niet de akte als dusdanig); J. PIEDELIEVRE, 1911, 387; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, 293 (deze auteur stelt dat de partiële nietigheid telkens moet worden uitgesproken wanneer blijkt dat niet de hele overeenkomst wordt aangetast door de nietigheidsgrond); N. RONTCHEVSKY, *L’effet de l’obligation*, Parijs, Economica, 1998, 394-395, nr. 735; M. ANDRÉ, M.

van de tekortkoming kan wel degelijk verbintenis per verbintenis of beding per beding worden beoordeeld en uitgesproken<sup>1966</sup>. Bedingen die niet onlosmakelijk verbonden zijn met de nietige elementen van de overeenkomst kunnen daardoor behouden blijven<sup>1967</sup>. Dit leidt tot een zogenaamde ‘partiële nietigheid’<sup>1968</sup>. Die notie houdt in dat de nietigheid van bepaalde bestanddelen van de overeenkomst niet noodzakelijk doorwerkt naar alle andere bestanddelen<sup>1969</sup>. De rechter kan nagaan welke specifieke onderdelen van de overeenkomst worden aangetast door de nietigheid en de nietigheidssanctie aan de hand van de richtlijnen die hij krijgt van de partijen of van de wetgever beperken tot die elementen. De overeenkomst blijft daardoor gedeeltelijk overeind en kan in die geamputeerde vorm rechtsgevolgen blijven teweegbrengen. De globale nietigheid wordt met andere woorden gereduceerd tot een *worst case scenario*. Zo doet een betwisting over het bestaan van dwaling of bedrog over het voorwerp van de contractuele basisverhouding (bv. over de eigenschappen of de kwaliteit van een gekocht goed) in principe niets af aan de bereidheid tot

---

DUMONT en P. GRIGNON, *L’après-contrat*, 58, nr. 53; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, Aix-Marseille, PUAM, 2001, 105-110, nrs. 91-94; J.-M. MARMAYOU, 97-104, nr. 112-121 (zowel m.b.t. nietigheid als ontbinding).

<sup>1966</sup> Zie tevens F. LAURENT, *Principes de droit civil*, XVI, Brussel, Bruylant, nr. 510 (deze auteur stelt dat de rechter niet verplicht is om uit art. 1161 BW af te leiden dat de diverse bepalingen van eenzelfde akte één geheel zouden uitmaken waardoor de hele akte ongeldig zou worden indien één van haar bepalingen nietig zou zijn) en F. RIGAUX, “L’autonomie de la clause compromissoire en droit belge”, *Ann.dr.sc.p.* 1961, (215) 232-233 (deze auteur stelt vast dat de ondeelbaarheid tussen de verschillende bepalingen in het contract hooguit een vermoeden is dat zich bij de rechter aandient en poneert dat eigenlijk moet worden uitgegaan van het tegenovergestelde vermoeden); B. TILLEMANS, I. CLAEYS, CH. COUDRON en K. LOONTJENS, *Dading in Algemene Praktische Rechtsverzameling*, Antwerpen, Story-Scientia, 2000, 458-459, nr. 961 (deze auteurs stellen dat de ondeelbaarheid het uitgangspunt is, maar dat het slechts een zuiver interpretatieve regel betreft).

<sup>1967</sup> Deze stelling is verenigbaar met het Europese recht i.v.m. de artt. 101-105 Verdrag Werking EU (cf. EHJ 13 juli 1966, nrs. 56 en 58/64, *Consten en Grundig / Commissie, Jur. EHJ* 1966, 454; zie tevens W.A.J. VAN LIEROP en E.H. PIJNACKER HORDIJK, *Privaatrechtelijke aspecten van het mededingingsrecht in Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2007, 74-75; H. VAN DEN HEUVEL, “Civil-Law Consequences of Violation of the Antitrust Provisions of the Rome Treaty”, *The American Journal of Comparative Law* 1963, (172) 174-176).

<sup>1968</sup> PH. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, R. Pichon en R. Durand-Auzias, 1969, 511p.; H. TANDOĞAN, *La nullité, l’annulation et la résiliation partielles des contrats*, Genève, Kundig, 1952, 309p.; C. DUPEYRON, *La régularisation des actes nuls* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, R. Pichon en R. Durand-Auzias, 1973, 15-20; P. MALINVAUD, *Droit des obligations*, Parijs, Litec, 2005, 241, nr. 395; W. VAN GERVEN, *Beginselen van Belgisch privaatrecht. I: Algemeen deel*, 424. Vgl. met de notie *partiële ontbinding*: C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, 466p. en J. GHESTIN, C. JAMIN en M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, 542-545, nr. 481-483; M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, 398.

<sup>1969</sup> Zie onder meer H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, 758, nr. 786; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, 718-720; P. JADOUL, “La liquidation de la situation contractuelle” in *La fin du contrat*, Luik, CUP, 2001, (213) 235; J. GHESTIN, C. JAMIN en M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, 545, nr. 483; I. CLAEYS, “Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging”, (267) 304; L. CORNELIS en V. SAGAERT, “Postcontractuele bedingen”, (291) 308-310; vgl. M. VON KUEGELGEN, “Réflexions sur le régime des nullités et des inopposabilités” in *Les obligations contractuelles*, Brussel, Editions du jeune barreau de Bruxelles, 2000, (569) 570-575 en F. MAUSSON en M. VON KUEGELGEN, “Réflexions sur l’indivisibilité et ses conséquences sur l’étendue de la disparition d’un acte juridique” in *Liber amicorum Lucien Simont*, Brussel, Bruylant, 2002, 449-466. Vgl. met de notie *severability of divisibility* in de Verenigde Staten: § 183, *Restatement (second) of contracts* (Rest 2d Contr § 183); J. PERILLO, *Calamari and Perillo on contracts*, 2009, 735-736; E.A. FARNSWORTH, *Farnsworth on contracts*, 2004, II, 84, § 5.8 et seq.

geheimhouding van de informatie die in de contractuele relatie werd uitgewisseld<sup>1970</sup>. Het valt echter niet uit te sluiten dat de geldigheid van het beding zelf is aangetast door een nietigheidsgrond. De wil tot geheimhouding is bijvoorbeeld wel onderhevig aan een wilsgebrek wanneer de hele contractsluiting (m.i.v. het geheimhoudingsbeding) gepaard ging met dwang<sup>1971</sup> of wanneer de medecontractant onbekwaam is tot contractsluiting.

Het gebruik van de terminologie “partiële nietigheid” kan verbazen wanneer men vertrekt van de premisse dat nietigheidsgronden steeds individuele contractuele bestanddelen viseren. Zij beschrijft de gevolgen van de nietigheid echter correct wanneer men de weerslag van de nietigheid bekijkt vanuit het perspectief van de gehele contractuele inhoud: een deel van deze contractuele inhoud wordt nietigverklaard, andere contractuele bestanddelen blijven overeind. Het gebruik van deze terminologie kan louter descriptief zijn en hoeft bijgevolg niet te betekenen dat men de volledige nietigheid als de regel beschouwt en de splitsbaarheid als een uitzondering. De terminologie “nietigheid van een verbintenis” of “van een beding” geeft overigens evenmin alle nuances weer van de splitsbaarheid. Ook bedingen of verbintenissen komen namelijk in aanmerking voor partiële nietigverklaring (*infra* randnr. 555).

De nietigheid van een contractuele basisverhouding strekt zich bijgevolg niet noodzakelijk uit tot het geheimhoudingsbeding dat daarop van toepassing is. Het beding kan daarom (een betwisting over) de nietigheid van andere contractuele bestanddelen overleven<sup>1972</sup>. Daarenboven wordt in het privaatrecht aanvaard dat een contractuele bepaling, ook al wordt de geldigheid ervan betwist, bestaat en bindende kracht heeft zolang de nietigheid niet in rechte werd vastgesteld<sup>1973</sup>. Het

---

<sup>1970</sup> P. MAYER, “Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire”, (359) 364, nr. 10; P.A. FORTIERS, “Les effets de la résolution des contrats pour inexécution fautive”, (223) 235, nr. 12; F. NAMMOUR, *Droit et pratique de l'arbitrage interne et international*, 609, nr. 857.

<sup>1971</sup> TF (Zw.) 8 maart 1967, ATF 121, III, (495) 500, overweging 6.

<sup>1972</sup> Bv. voor bemiddelingsbedingen: Cass. 2<sup>e</sup> civ. (fr.) 6 juli 2000, nr. 98-17.827, *RTD Civ.* 2001, 359, noot J. MESTRE en B. FAGES; Cass. ch. Mixte (fr.) 14 februari 2003, *JCP G* 2003, I, 128, noot L. CADIEU en *Rev. Arb.* 2003, 403, noot C. JARROSSON.

<sup>1973</sup> Cass. 21 mei 2007, *VAV* 2007, 325; Bergen 14 maart 2002, *JLMB* 2003, 99; Rb. Hasselt 29 november 2001, *AJT* 2001-02, 772; Brussel 28 juni 1995, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 1995, 576; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, 672-673, nrs. 535-536, 702-703, nr. 558 en 722, nr. 571 (deze auteur maakt nog een onderscheid tussen de “voor niet geschreven gehouden” bedingen waarbij de bewijslast van de geldigheid op de schouders van de schuldeiser zou rusten (678-679, nr. 540) en de “nietigheid van rechtswege” waarbij de verbintenis niet zou moeten worden nagekomen lopende de betwisting over de geldigheid (680-681, nr. 541)); P. WERY, “Nullité, inexistence et réputé non écrit” in P. WERY (ed.), *La nullité des contrats*, Brussel, Larcier, 2006, (11) 14-17; I. CLAEYS, “Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging”, (267) 286; J. HANSENNE, *Introduction au droit privé in A la rencontre du droit*, Diegem, Story-Scientia, 1997, 324; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 405; C. RENARD en E. VIEUJEAN, “Nullité, inexistence et annulabilité en Droit civil belge”, (243) 260-263 (“c’est, d’une part, la protection due aux apparences qui justifie la nécessité d’une réaction appropriée; c’est, d’autre part, la règle que nul ne peut se faire justice à soi-même qui rend nécessaire l’intervention du juge dans tous les cas où cette réaction suscite un litige”); H. DE PAGE, II, 750, nr. 781; J. RONSE, “Gerechtelijke conversie van nietige rechtshandelingen”, (199) 219. Frankrijk: zie C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, nr. 361 en de verwijzingen aldaar; A. LAUDE, 243, nr. 375 *et seq.* Zie en vgl. de overwegingen naar Nederlands recht bij J. HUIJMA, 121-133.



geheimhoudingsbeding kan bijgevolg zelfs van kracht blijven indien zijn eigen geldigheid wordt betwist. De vermeende geldigheid tot het tegendeel werd vastgesteld, resulteert echter niet in een vermoeden van aanvaarding. De partij die zich op een geheimhoudingsbeding beroept, zal het bestaan ervan moeten aantonen in geval van betwisting (*cf.* art. 1315, eerste lid BW en art. 870 Ger.W.)<sup>1974</sup>. Het garandeert evenmin dat de betwiste verbintenis daadwerkelijk wordt uitgevoerd lopende de betwisting<sup>1975</sup>. Een contractspartij (bv. een geheimplichtige) kan op eigen risico beslissen om niet uit te voeren<sup>1976</sup>. De meester van het geheim kan zich hiertegen indekken door voorlopige maatregelen in kort geding te vorderen om de uitvoering van de geheimhoudingsplicht veilig te stellen.

De contractspartijen kunnen hun contractuele relatie beschermen tegen de nietigheid door een salvatorische clause op te nemen in hun overeenkomst. Deze clause kan weliswaar niet ingaan tegen regels van openbare orde of dwingend recht. Een salvatorische clause die tracht om contractuele bestanddelen te redden die ingaan tegen dwingend recht is zelf nietig bij gebrek aan geoorloofde oorzaak (*cf.* art. 1131 BW). Aangezien de gedeeltelijke nietigheid een lacune in de overeenkomst kan achterlaten, is het tevens aan te raden om afspraken te voorzien over de opvulling van deze lacune. Dit gebeurt door het inbouwen van een heronderhandelingsplicht of van een mogelijkheid tot een derdenbeslissing (of partijbeslissing). Bij een heronderhandelingsplicht verbinden de partijen zich ertoe om te onderhandelen over een nieuwe regeling voor het verdwenen gedeelte van de overeenkomst. Hierbij rijst het probleem dat partijen zich niet vooraf verbonden hebben tot hoe deze nieuwe regeling er zal uitzien. Zij verbinden zich slechts tot het doen van de nodige inspanningen om die regeling te bereiken. Deze heronderhandeling moet te goeder trouw gebeuren, maar dit biedt nog geen zekerheid dat de partijen daadwerkelijk tot een akkoord zullen komen. Het impliceert slechts dat de partijen geen misbruik mogen maken van hun recht om een bepaalde oplossing te eisen.

**Voorbeeld:** “The invalidity or unenforceability of any provision of this Agreement shall not affect the validity or enforceability of any other provision of this Agreement”<sup>1977</sup>.

“Severability. The provisions of this Agreement shall be deemed severable, and the invalidity, illegality, or unenforceability of any provision of this Agreement shall not affect the validity or enforceability of any other provisions. In the event any provision of this Agreement is found to be invalid, illegal or unenforceable, the parties shall endeavor to modify that clause in a manner that gives effect to the intent of the parties in entering into the Agreement”<sup>1978</sup>.

---

<sup>1974</sup> Omgekeerd moet een partij die beweert niet (meer) gehouden te zijn tot het beding daar het bewijs van leveren.

<sup>1975</sup> Cass. 5 februari 1852, *BJ* 1853, 1119 en *Pas.* 1853, I, 157; Arbh. Luik 25 maart 1996, *JTT* 1997, 155 – beide beslissingen op basis van art. 1117 BW; I. CLAEYS, “Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging” (267) 286; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, 702-703, nr. 558.

<sup>1976</sup> Zie en vgl. de analyse van J. BAEK, “(Feitelijk?) Vooruitlopen op de vernietiging en de ontbinding van contracten”, (321) 342-343.

<sup>1977</sup> P. KURZ, 121.

<sup>1978</sup> <http://www.awwarf.org/research/projectAdmin/docs/NDANonFederal.pdf>.

In de *common law* staat de techniek van de partiële nietigheid bekend als de rechtsfiguur van de *divisibility* of *severability* of als de *severance* of *blue pencil doctrine*. De rechter kan, wanneer een overeenkomst indruist tegen de *public policy*, in eerste instantie nagaan of de verplichtingen van de partijen kunnen worden opgesplitst in verschillende paren waarbij de onderlinge verplichtingen tussen de partijen in evenwicht blijven en neerkomen op “independent mutual agreements”<sup>1979</sup>. Hij kan vervolgens het deel dat niet indruist tegen de *public policy* als afdwingbaar beschouwen (de modelregel § 183 van de *Restatement (second) of Contracts* voorziet als bijkomende beperking dat dit alleen kan gebeuren ten voordele van de partij die zich niet heeft misdragen). Wanneer een opdeling in equivalente paren niet mogelijk is, leidt een gedeeltelijke afdwingbaarheid noodzakelijkerwijze tot enige ongelijkheid tussen de partijen. Dit vereist volgens de modelregel § 184, (1) van de *Restatement (second) of Contracts* dat de partij die zich op de partiële nietigheid beroept zich niet mag hebben misdragen en dat het te schrappen bestanddeel geen essentieel bestanddeel van de overeenkomst mag zijn<sup>1980</sup>. Ten slotte kan de rechter mogelijk ook overgaan tot de partiële inhoudelijke afdwinging van individuele contractuele bepalingen (zie ook *supra* randnr. 440). Bij de klassieke toepassing van deze doctrine (d.i. de *blue pencil* regel) mag de rechter alleen specifieke woorden of zinsconstructies schrappen (indien en voor zover het contractuele bestanddeel na deze loutere schrapping nog inhoudelijk toepasbaar is en gramaticaal klopt) en de geamputeerde, geldige versie ervan laten voortbestaan, zonder hen echter inhoudelijk te kunnen aanpassen (een te lange duur van bv. 15 jaar zou hierbij niet gereduceerd kunnen worden naar een redelijke duur van bv. 5 jaar)<sup>1981</sup>. Modelregel § 184, (2) van de *Restatement (second) of Contracts* wijkt af van deze restrictieve regel en voorziet wel in de mogelijkheid van een reductie. Dit kan -om misbruik te vermijden- echter alleen ten voordele van de partij zich te goeder trouw en correct heeft gedragen ten tijde van de contractsluiting. In het Engelse recht is een overeenkomst *severable* indien de te splitsen bestanddelen onafhankelijk van elkaar kunnen opereren zonder dat dit een toevoeging of wijziging van contractuele bestanddelen vereist<sup>1982</sup>. De partijen kunnen hun wil inzake de toepassing van deze doctrine te kennen geven via zogenaamde (*non*)-*severability clauses*, zonder dat deze voorkeur echter doorslaggevend hoeft te zijn voor de beslissing van de rechter<sup>1983</sup>.

### 5.1.2 Splitsbaarheid en het niet-bestaan van de contractuele basisverhouding?

**558.** De autonome werking van een beding ten aanzien van een mogelijk niet-bestaande overeenkomst wordt soms als een brug te ver beschouwd<sup>1984</sup>. Het principe dat splitsbare bedingen op hun eigen merites moeten worden beoordeeld, geldt op zich

<sup>1979</sup> § 183 van de *Restatement (second) of Contracts* (Rest 2d Contr § 183); E.A. FARNSWORTH, II, 87-89, § 5.8; J. LEVIN en A. BROWN, “Severability”, (539) 542-543.

<sup>1980</sup> J. LEVIN en A. BROWN, “Severability”, (539) 543-544.

<sup>1981</sup> E.A. FARNSWORTH, II, 91, § 5.8; J. LEVIN en A. BROWN, “Severability”, (539) 545.

<sup>1982</sup> P. GOULDING (ed.), 282-283.

<sup>1983</sup> Engeland: P. GOULDING (ed.), 283 (de partijen kunnen de rechter bovendien niet de bevoegdheid toekennen om de overeenkomst inhoudelijk te wijzigen: *Ibid.*, 280); Verenigde Staten: C. SULLIVAN, “The puzzling persistence of unenforceable contract terms”, 70 Ohio St. L. J. 1127, 1172 (m.b.t. de vraag of een contractbestanddeel een essentieel element is in de zin van § 184, (1) van de *Restatement (second) of Contracts*).

<sup>1984</sup> M.b.t. arbitragebedingen: P. ANCEL en O. GOUT, noot onder Parijs 8 oktober 1998, *Rev. Arb.* 1999, (353) 362; J. MATRAY, “L’autonomie de la clause d’arbitrage”, (147) 159-164; M. RUBINO-SAMMARTANO, *International Arbitration Law and Practice*, Londen, Kluwer Law International, 2001, 225.

echter evenzeer voor betwistingen over het bestaan van de contractuele basisverhouding<sup>1985</sup>. Het ‘niet-bestaan’ van een overeenkomst (bv. wegens de afwezigheid van toestemming) moet volgens de Belgische cassatierechtspraak namelijk worden gesanctioneerd als een gebrek in de geldigheidsvereisten, meer bepaald met de relatieve nietigheid<sup>1986</sup>. De “onbestaandheid” van deze rechtshandeling moet daardoor in rechte worden vastgesteld alvorens men zich erop kan beroepen.

Indien de rechter vaststelt dat de contractuele basisverhouding niet bestaat bij gebrek aan toestemming zal die ‘onbestaandheid’ echter bijna steeds impliceren dat het beding evenmin bestaat. De wilsuiting van de partijen vindt immers doorgaans gelijktijdig en op dezelfde wijze plaats voor alle elementen van de overeenkomst. In de praktijk zullen de feiten van de zaak dan ook vaak zo nauw samenhangen dat de vraag naar het bestaan van het geheimhoudingsbeding samen moet worden behandeld met de vraag naar het bestaan van de overeenkomst in haar geheel. Niettemin zijn gevallen denkbaar waarin het bestaan van de overeenkomst wordt betwist zonder dat wordt getwijfeld aan het bestaan van het geheimhoudingsbeding. Dit is het geval indien het geheimhoudingsbeding op een ander tijdstip tot stand is gekomen, bijvoorbeeld omdat het beding werd opgenomen in een voorovereenkomst of omdat het deel uitmaakt van een kaderovereenkomst en de betwisting beperkt blijft tot het bestaan van één van de overeenkomsten waarop dit globale kader van toepassing is.

### 5.1.3 Splitsbaarheid en de ontbinding van de contractuele basisverhouding

**559.** De ontbinding sanctioneert de wanprestatie van een partij bij een geldige rechtshandeling. Ook bij de ontbinding is het klassieke uitgangspunt dat de hele overeenkomst retroactief wordt uitgewist<sup>1987</sup>. De mogelijkheid van een ‘partiële’<sup>1988</sup>

---

<sup>1985</sup> PH. FOUCARD, E. GAILLARD en B. GOLDMAN, 1999, 208, nr. 408 (arbitrage). Zie tevens B. GOLDMAN, noot onder Cass. 1<sup>er</sup> civ. (fr.) 6 december 1988, *Rev. Arb.* 1989, 641-651 en in het bijzonder 649.

<sup>1986</sup> Cass. 21 oktober 1971, *Arr. Cass.* 1972, 188; Cass. 30 juni 2003, *Arr. Cass.* 2003, 1534, en het advies van J. LECLERCQ; Arbh. Bergen 14 maart 2002, *JLMB* 2003, 99; C. RENARD en E. VIEUJEAN, “Nullité, inexistence et annulabilité en Droit civil Belge”, *Ann.dr.Liège* 1962, (243) 260-263; J. RONSE, “Gerechtigde conversie van nietige rechtshandelingen”, *TPR* 1965, (199) 219; W. VAN GERVEN, “The concept of provisional validity: the doctrine of nullity refined” in *Ius privatum gentium. Festschrift für Max Rheinstein*, II, Mohr, Tübingen, 1969, (505) 505-508; F. RIGAUX, “Annulation, nullité et inexistence des actes juridiques en droit judiciaire privé belge”, *JT* 1962, (397) 401. Vgl. met het voorgestelde art. 1109-2 (“L’absence de consentement entache la convention de nullité relative”) van het Franse Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit à la prescription, Rapport à Monsieur Pascal Clément, 22 september 2005). Zie tevens naar Frans recht: R. JAMBU-MERLIN, “Essai sur la rétroactivité dans les actes juridiques”, *RTD Civ.* 1948, (271) 279; H. CAPITANT, *Introduction à l’étude du droit civil*, 1925, Parijs, A. Pedone, 1925, 333-352, nr. 272-283. Zie voor een afwijzing van de onbestaandheid als afzonderlijke notie naar Nederlands recht: J. HIJMA, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1988, 116-120.

<sup>1987</sup> Cass. 4 juni 2004, *Arr. Cass.* 2004, 1004 (een ontbonden overeenkomst kan geen grondslag meer uitmaken van rechten en verplichtingen van de partijen); Cass. 6 juni 1996, *Arr. Cass.* 1996, 558; Gent 4 juni 2003, *NjW* 2004, 700, noot F.B.; Gent 19 december 1996, *RW* 1999-2000, 328. Zie C. CAUFFMAN, “Pour la résolution partielle! Quelques remarques du point de vue belge à propos de la thèse de Mme Rigalle”, (155) 158-159 en de verwijzingen aldaar; P.A. FORIERS, “Les effets de la

of selectieve ontbinding wordt echter ook voor deze rechtsfiguur doorgaans (weliswaar met de nodige nuances) aanvaard<sup>1989</sup> hetzij via de constructie van het beding als afzonderlijke overeenkomst (*supra* randnr. 539)<sup>1990</sup>, hetzij via het principe van de contractuele norm (*supra* randnr. 540)<sup>1991</sup>. De werking van de ontbinding moet wel coherent blijven. Een schuldeiser kan niet tegelijk kiezen voor de gedwongen uitvoering en de gerechtelijke ontbinding van de gehele overeenkomst<sup>1992</sup>. De ontbinding mag bijgevolg niet zowel alle voordelen van de ontbinding als van de uitvoering opleveren aan één van de partijen<sup>1993</sup>. Dit is bijvoorbeeld niet het geval

---

résolution des contrats pour inexécution fautive”, (223) 232, nr. 10 (m.b.t. art. 1184 BW); P. WERY, *Droit des obligations*, I, *Théorie générale du contrat*, 2010, 592. Zie naar Frans recht: Cass. 1<sup>e</sup> civ. (fr.) 6 maart 1996, *D* 1997, 97, noot Y. SERRA; M. ANDRE, M. DUMONT en P. GRIGNON, *L’après-contrat*, 105, nr. 125 en 117, nr. 143.

<sup>1988</sup> België: Luik 15 januari 2001, *JT* 2001, 311; Luik 4 oktober 2000, *TBBR* 2004, 22; B. TILLEMANS, I. CLAEYS, CH. COUDRON en K. LOONTJENS, *Dading in Algemene Praktische Rechtsverzameling*, Antwerpen, Story-Scientia, 2000, 458-459, nr. 961; I. SAMOY, “La dissolution des contrats multipartites” in *Questions spéciales en droit des contrats*, Brussel, Larcier, 2010, (195) 211-212; Frankrijk: J.-B. SEUBE, *L’indivisibilité et les actes juridiques*, 380, nr. 352 *et seq.*; J. GHESTIN, “L’effet rétroactif de la résolution des contrats à exécution successive”, (203) 220-221; T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 2007, 548-562 (autonomie is mogelijk bij ontbinding wegens wanprestatie indien de partijen dit wensen en de clause geen deel uitmaakt van de “économie” van de contractuele basisverhouding); S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, Aix-Marseille, PUAM, 2001, 132, nr. 119. Zie tevens C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, 219-226 en 407-409. Deze auteur stelt dat de ontbinding zich toespitst op de verbintenis en niet de overeenkomst (waardoor de terminologie “partiële ontbinding” misleidend is). Zie voor een kritische commentaar op deze stelling: T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, 42-51 (de auteur bekritiseert vooral het feit dat de toespitsing op de verbintenis geen rekening houdt met het feit dat overeenkomsten ook niet-obligationele rechtsgevolgen kunnen teweegbrengen (zie tevens de theorie van Ancel over de contractuele norm, *supra* randnr. 540)). Zie ook A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, 457-459 (deze auteur stelt dat de postcontractuele afspraken bij een ontbinding van kracht zouden moeten blijven indien dit ondubbelzinnig is bedongen). Kritisch in het licht van art. 1184 BW: J. GHESTIN, C. JAMIN en M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, 2001, 542-544, nr. 481-483. De auteurs aanvaarden wel het principe dat bepaalde clausules wegens hun aard of de wil van de partijen kunnen worden uitgezonderd van de ontbinding (*Ibid.*, 550-554, nrs. 489-494).

<sup>1989</sup> Zie tevens art. 7.3.5 Unidroit en 9:305 PECL. Zie ook voor het Verenigd Koninkrijk: E. PEEL en G. TREITEL, *The law of contract*, 2007, 864-865, nr. 18-014 (m.b.t. *ancillary obligations* en *termination for breach*: “Normally, such ancillary obligations are intended to survive termination and are accordingly not released by it”). Dit is voornamelijk echter een betwiste materie in de Engelse *common law* voor de beëindiging wegens wanprestatie ten nadele van de in fout zijnde partij: zie uitgebreid: P. GOULDING (ed.), 108-109 en 232-250.

<sup>1990</sup> Kh. Hasselt 5 november 1990, *Limb. Rechtsl.* 1991, 102; S. STIJS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, 294, nr. 205; M. ANDRÉ, M. DUMONT en P. GRIGNON, *L’après-contrat*, 120-121, nr. 150 en 126, nr. 160; J.-M. MARMAYOU, 101, nr. 114; C. CASEAU-ROCHE, *Les obligations postcontractuelles*, 236, nr. 292; J.-B. SEUBE, *L’indivisibilité et les actes juridiques*, 383, nr. 354 (kritisch).

<sup>1991</sup> P. ANCEL, “Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat”, (771), nr. 46-47 (deze auteur beschouwt het doel van de ontbinding als “sanctionner le cocontractant auteur de l’inexécution en le privant des bénéfices qu’il a reçus du contrat; il n’est nullement nécessaire, ni rationnel, pour le reste, d’anéantir le contrat lui-même”); P. MAYER, “Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire”, (359), 363, nr. 6; C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, 222; vgl. C. RIGALLE-DUMETZ, “Le rejet de la résolution partielle” in H. COUSY, S. STIJS, B. TILLEMANS en A. VERBEKE (eds.), *Droit des contrats France, Belgique*, Larcier, Brussel, 2005, (125) 146-153; J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, 270-272, nr. 221.

<sup>1992</sup> S. STIJS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, 361, nr. 262.

<sup>1993</sup> Gent 19 december 1996, *RW* 1999-2000, 328 (een schaderegeling die niets anders inhoudt dan de uitvoering van de verbintenissen van de huurder meteen eisbaar te stellen, zonder een duidelijk antwoord te bieden op de compensatie die de huurder door de ontbinding zou moeten kunnen genieten,

indien de partijen een schadebeding overeenkomen dat tot doel heeft om de schade te vergoeden die wordt veroorzaakt door de ontbinding. Ook alternatieve geschillenbeslechtingsovereenkomsten kunnen de ontbinding zonder probleem overleven omdat zij in beginsel volledig los staan van het in de basisverhouding onderhandelde contractsevenwicht. De partijen kunnen ook maatregelen overeenkomen die de restitutie in natura zo goed mogelijk trachten te bereiken<sup>1994</sup>. Zij kunnen gelet op deze vaststelling een geheimhoudingsplicht voorzien die van kracht blijft (of in werking treedt) indien hun contractuele basisverhouding wordt ontbonden<sup>1995</sup>. De partijen dienen er hoe dan ook zorg voor te dragen dat hun afspraken het voorwerp van de overeenkomst niet uithollen, één van de partijen zouden aanzetten tot wanprestatie of dat zij zouden resulteren in een te verregaande beperking van de grondrechten van de schuldenaar<sup>1996</sup> of een gebrek aan legitiem belang van de schuldeiser bij deze beperking<sup>1997</sup>.

## 5.2. Splitsbaarheid en de beëindiging *ex nunc* van de contractuele basisverhouding

**560. Afwikkeling van verworven rechtsgevolgen.** De beëindiging van de overeenkomst *ex nunc* stelt slechts een einde aan de overeenkomst naar de toekomst toe. De overeenkomst blijft in deze hypothese onbetwist het referentiekader tussen de partijen voor de periode waarin zij actief was. De (contractuele) rechtsverhouding van de partijen blijft daardoor van kracht naar het verleden toe, zodat de partijen zich niet eenzijdig kunnen ontdoen van hun contractuele verplichtingen. De beëindiging *ex nunc* resulteert daardoor *niet* in de verdwijning van elke bindende kracht van de overeenkomst naar de toekomst toe. Reeds verworven rechten en plichten blijven behouden voor de afwikkeling van het verleden ondanks de deactivering van de norm waaruit zij zijn voortgevloeid<sup>1998</sup>. Zij behouden hun bindende kracht naar het verleden

---

houdt veel meer in dan wat de verhuurder bij het sluiten van de overeenkomst en de normale uitvoering ervan mocht verhoppen); zie tevens: C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, 142 et seq.

<sup>1994</sup> J. GHESTIN, *Les effets du contrat*, 553, nr. 493.

<sup>1995</sup> O.m. M.E.-ANDRE, M.-P. DUMONT en Ph. GRIGNON, 127, nr. 162; C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, 219-220. Bij een licentieovereenkomst voor *knowhow* bestaat de contractuele basisverhouding bijvoorbeeld uit enerzijds een gebruiksrecht op de informatie in hoofde van de licentienemer en anderzijds een recht op de licentievergoeding in hoofde van de licentiegever. In geval van ontbinding wegens wanprestatie verdwijnt zowel het gebruiksrecht op de informatie als het corresponderende recht op de licentievergoeding. De (duur van de) geheimhoudingsplicht van de licentienemer is daarentegen niet als dusdanig gekoppeld aan (de duur van) het gebruiksrecht (ook al zou de geheimhoudingsplicht nooit tot stand zijn gekomen indien nooit een gebruiksrecht was toegestaan). Zij vloeit voort uit het feit dat de meester van het geheim vertrouwelijke informatie heeft verstrekt waarvan hij zijn feitelijke monopolie niet wenste prijs te geven. Een wanprestatie in de basisverhouding hoeft deze afzonderlijke doelstelling dan ook niet aan te tasten.

<sup>1996</sup> Deze beklommenissen gelden overigens ook voor andere vormen van beëindiging. Zie bv. Voorz. Kh. Brussel 1 augustus 1995, *TBH* 1995, 991, noot ("Dat [...] het beëindigen van het franchisecontract met zich meebrengt dat de door de franchisenemer uitgebouwde clientèle totaal verloren gaat of verloren gaat slechts ten bate van de franchisegever en zijn franchisement; Dat hieruit dient afgeleid te worden dat deze wijze van doen een ernstige aantasting inhoudt aan de vrijheid van handel die aan eenieder wordt toegezegd, alsmede aan de Europese marktconcurrentie [...]").

<sup>1997</sup> Zie en vgl. P.A. FORIERS en C. DE LEVAL, "Les effets de la dissolution du contrat sur les dispositions contractuelles", (161) 184.

<sup>1998</sup> Cf. Rb. Leuven 5 september 2000, *TBBR* 2002, 462, noot C. LEBON; vgl. M. BILLIAU, J. GHESTIN, C. JAMIN, F. LABARTHE en G. VIRASSAMY, "Droit des obligations", *JCP G* 1995, I, 3880, nr. 6 (een

toe en kunnen daardoor ondanks de beëindiging *ex nunc* nog de basis vormen van een contractuele aansprakelijkheidsvordering (bv. op basis van vertraging in de terbeschikkingstelling van de informatie of wegens achterstallige royalty's).

Het verworven karakter van rechten of plichten staat los van de eigenlijke uitvoering ervan op het moment van de beëindiging. Ook prestaties die nog niet werden geleverd op dit tijdstip kunnen een verworven karakter hebben. Zo hoeft de beëindiging van een overeenkomst met geheimhoudingsbeding dat voorziet in een geheimhoudingsplicht van tien jaar geen gevolgen te hebben voor de nog te verstrijken periode van de tienjarige termijn. Het loutere feit dat de informatie werd meegedeeld toen de contractuele norm nog actief was, volstaat in deze context om een recht op een geheimhoudingsduur van tien jaar te openen en dit ongeacht de latere beëindiging *ex nunc* van de contractuele grondslag waaruit deze verplichting is voortgevloeid. Het tegendeel zou betekenen dat de partijen naar de toekomst toe bevrijd worden van elke niet-uitgevoerde verplichting. Dit zou uitnodigen tot misbruik en strookt hoe dan ook niet met de contractuele realiteit. De opzegging van een borgstelling heeft bijvoorbeeld alléén tot gevolg dat de borg niet meer gehouden is tot vrijwaring van toekomstige schulden. Dit bevrijdt de borg niet van zijn verplichting om de reeds vóór het tijdstip van de opzegging ontstane schulden te vrijwaren. Deze gevolgen worden niet gevisieerd door de beëindigingsgrond en zijn bijgevolg splitsbaar van de gevolgen die er wel door worden gevisieerd. Het verworven karakter is afhankelijk van de aard van de verbintenis en de wil van de partijen om bepaalde contractuele effecten te sparen van de uitdovende werking van de beëindigingsgrond. Zo is een geheimhoudingsplicht van bepaalde duur in beginsel niet bestemd om vroegtijdig te worden opgezegd, terwijl dat bijvoorbeeld wel het geval kan zijn voor een huur van bepaalde duur.

**561. Totstandkoming van nieuwe rechtsgevolgen.** De beëindigde normen kunnen geen *nieuwe* rechten en plichten meer tot stand brengen<sup>1999</sup>. Zo leidt de beëindiging *ex nunc* van een licentieovereenkomst met een maximumduur van vijf jaar tot de onmiddellijke verdwijning naar de toekomst toe van het recht om de informatie te gebruiken en van de corresponderende verplichting om royalty's te betalen. De overeenkomst kan wel bedingen bevatten die bestemd zijn om actief te blijven ondanks de beëindiging van andere contractuele bestanddelen, of die net bestemd zijn om actief te worden na deze beëindiging. Zij zijn in staat om nieuwe rechtsgevolgen teweeg te brengen nadat (en desgevallend omdat) andere contractuele bestanddelen werden beëindigd. Deze doelstelling gaat verder dan een louter behoud van contractuele aanspraken voor de afwikkeling van het verleden. Zij vereist dat de contractuele grondslag van de nog te verwerven effecten behouden blijft naar de toekomst toe. Dit vereist dat de norm in kwestie buiten het toepassingsgebied van de beëindigingsgrond blijft en dat zij evenmin komt te vervallen. Een voorbeeld van dergelijke nieuwe rechtsgevolgen is het niet-concurrentiebeding dat specifiek bestemd

---

lening terugbetaalbaar via 60 maandelijkse afbetalingen is van bepaalde duur en gaat niet gepaard met een eenzijdig opzegrecht).

<sup>1999</sup> Zie bv. Vred. Roeselare 15 februari 2007, *T. Vred.* 2008, 151 (de hoofdelijkheid waartoe de opzeggende partij zich engageerde heeft geen betrekking meer op de periode na de opzegging).

is om in werking te treden van zodra de contractuele basisverhouding wordt beëindigd.

### 5.2.1 Splitsbaarheid en de opzegging of herroeping van de contractuele basisverhouding

**562.** De beëindiging van de basisverhouding impliceert niet dat ook het geheimhoudingsbeding *ipso facto* een einde neemt<sup>2000</sup> indien de clause ruim genoeg is om zogenaamde ‘postcontractuele’ effecten te omvatten<sup>2001</sup>. Deze vaststelling geldt zowel voor de eenzijdige opzegging<sup>2002</sup>, voor de beëindiging in gemeen overleg<sup>2003</sup> als voor het verstrijken van de voorziene duurtijd.

**563. “Universeel extinctieve werking”: uitbreiding van het extinctieve karakter van de opzegging naar de ondeelbaar verbonden overeenkomsten.** De rechtsgevolgen van een opzegging blijven niet noodzakelijk beperkt tot de beëindiging van één overeenkomst. Verschillende overeenkomsten kunnen op ondeelbare wijze met elkaar verbonden zijn door een web van contractuele relaties. Zij kunnen met andere woorden een groep van contracten vormen. De extinctieve werking strekt zich uit tot alle contractuele relaties die ondeelbaar met elkaar zijn verbonden. De opzegging van één overeenkomst kan daardoor leiden tot de uitdoving van één of meerdere andere overeenkomsten die allen kaderen in een groter geheel van contractuele interactie<sup>2004</sup>. De Franse cassatierechtspraak beschouwt deze vorm van doorwerking als een grond tot verval (*caducité*)<sup>2005</sup>.

**564. “Partieel extinctieve werking”: beperking van het extinctieve karakter tot de onsplitsbaar verbonden contractuele elementen.** In de rechtsleer wordt opgemerkt dat de opzegging ondeelbaar is<sup>2006</sup>. Dit impliceert dat de overeenkomst niet vatbaar

---

<sup>2000</sup> Zie in het algemeen: M. ANDRÉ, M. DUMONT en P. GRIGNON, *L’après-contrat*, 137-178 en m.b.t. arbitrage: PH. FOUCHARD, E. GAILLARD en B. GOLDMAN, 1999, 438-439, nr. 732.

<sup>2001</sup> P. ANCEL en O. GOUT, noot onder 8 oktober 1998, *Rev. Arb.* 1999, (353) 362-363. Zie naar Belgisch recht: Voorz. Kh. Hoei 10 oktober 1996, *DAOR* 1997, 72, noot P. KILESTE (De rechter in kort geding is bevoegd om, na verbreking van de overeenkomst, de uitvoering in natura te bevelen van contractuele bepalingen die de betrekkingen tussen partijen regelen na zulke verbreking).

<sup>2002</sup> Kh. Doornik 18 oktober 1984, *TBH* 1986, 70; Voorz. Kh. Hoei 10 oktober 1996, *DAOR* 1997, 72, noot P. KILESTE; zie tevens Rb. Gent 9 oktober 1984, *TGR* 1986, 8 (een te allen tijde herroepbaar “filosofisch” testament bevatte tevens een verbintenis met tijdsbepaling die een zelfstandig bestaande en derhalve niet herroepbaar was); J. MATRAY, “L’autonomie de la clause d’arbitrage”, (147) 157. Zie tevens E. TARDIEU-GUIGUES en M.-C. SORDINO, “Indivisibilité de contrats et notion d’ensemble contractuel” (noot onder Cass. com. (fr.) 4 april 1995), *JCP E* 1996, II, 792, 61-66 (i.v.m. de invloed van een verbreking op een *in casu* ondeelbare groep van overeenkomsten).

<sup>2003</sup> Tribunal fédéral Zwitserland 15 maart 1990, *Rev. Arb.* 1990, 921, noot P.-Y. TSCHANZ.

<sup>2004</sup> Vgl. T. DELAHAYE, 124, nr. 103 (“En tant qu’acte indivisible, elle doit porter sur la globalité des relations contractuelles qui forment entre parties une unité indivisible”).

<sup>2005</sup> Cass. 1e civ. (fr.) 4 april 2006, nr. 02-18277, *RDC* 2006, 700, noot D. MAZEAUD. Zie tevens Cass. 1e civ. (fr.) 13 juni 2006 nr. 04-15456, *RDC* 2007, 256, noot D. MAZEAUD.

<sup>2006</sup> B. VEECKMANS, (668) 670 en 672; R. VAN RANSBEECK, *RW* 1995-96, (345) 348, nr. 17; C. DELFORGE, “L’unilatéralisme et la fin du contrat” in *La fin du contrat* 2001, 112, nr. 76. Frankrijk: J. MARTIN DE LA MOUTTE, 316; Y. CHEMINADE, “Une question toujours actuelle: la nature juridique du congé en matière de louage de choses et de services”, *RTD Civ.* 1972, (307) 322-323, nr. 33.

zou zijn voor een gedeeltelijke opzegging<sup>2007</sup>. Deze stelling kan niet ongenueanceerd worden gevolgd omdat zij niet strookt met de contractuele realiteit. De gevolgen van een opzegging zijn slechts noodzakelijkerwijze ondeelbaar in de zin dat zij steeds de rechtspositie van beide partijen moeten treffen. De verklaring hiervoor is dat wederkerig bedongen prestaties *de facto* ondeelbaar<sup>2008</sup> met elkaar verbonden zijn omdat zij (minstens gedeeltelijk) elkaars voorwerp en oorzaak zijn<sup>2009</sup>. Aangezien de ene prestatie uitsluitend wordt toegestaan met het oog op de andere, moet de opzegging van de verbintenis om de ene prestatie te leveren ook leiden tot het wegvallen van de andere verbintenis<sup>2010</sup>. Deze onderlinge verbondenheid van de prestaties verhindert dat partijen zich eenzijdig ontdoen van hun eigen prestatie zonder het recht op de tegenprestatie te moeten prijsgeven. Het gaat echter te ver om hieruit af te leiden dat de overeenkomst steeds in haar totaliteit moet worden opgezegd, d.w.z. dat de wil tot beëindiging van één contractueel bestanddeel tot gevolg heeft dat ook alle andere contractuele bestanddelen een einde nemen. Het effect van een opzegging kan wel degelijk beperkt blijven tot het opgezegde contractuele bestanddeel en de contractuele bestanddelen die daarmee op onsplitsbare wijze verbonden zijn<sup>2011</sup>. Zo leidt de opzegging van “de overeenkomst” niet tot het wegvallen van de bedingen die de vereffening van de contractuele basisverhouding regelen of die voorzien in de voortzetting of het ontstaan van verbintenissen in een postcontractuele fase<sup>2012</sup>. De partijen kunnen afspraken bedingen<sup>2013</sup> die tot doel hebben om de opzegging van bepaalde contractuele bestanddelen te overleven<sup>2014</sup> en

---

<sup>2007</sup> Cf. J. MOURY, “De l’invisibilité entre les obligations et entre les contrats”, *RTD Civ.* 1994, (255) 269.

<sup>2008</sup> Het gaat hierbij niet om een ondeelbaarheid in de strikte zin, maar wel om een logisch gevolg van het wederkerige karakter van de overeenkomst J.-B. SEUBE, 204, nr. 166 en 287, nr. 253; PH. SIMLER, 368, nr. 301.

<sup>2009</sup> Cf. m.b.t. de toepassing van de *exceptio non adimpleti contractus*: Cass. 7 november 1935, *Pas.* 1936, I, 38 (“Attendu en effet que, lorsque, comme dans l’espèce, les contractants se sont obligés réciproquement l’un envers l’autre, l’une obligation est la cause de l’autre et toutes deux doivent être remplies simultanément”).

<sup>2010</sup> Zie m.b.t. de *mutuus dissensus* Cass. 23 december 2005, *Pas.* 2005, 263. Bij ontstentenis van andersluidende overeenkomst, en hoewel de opzegging in der minne van de overeenkomst slechts voor de toekomst uitwerking heeft, moeten de voorschotten die werden betaald met het oog op de toekomstige tenuitvoerlegging van het contract, net als het voorschot in het kader van een verkoop, worden teruggegeven. Het zou anders zijn wanneer dit voorschot werd bedongen ter vergoeding van prestaties die de uiteindelijke koop voorbereiden of van de schade die zou voortvloeien uit de stopzetting van de onderhandelingen.

<sup>2011</sup> Cf. Cass. soc. (fr.) 2 maart 1967, *Bull. Civ.* 1967, I, nr. 206 (wegens de ondeelbare verbondenheid van de verschillende verbintenissen kon een werknemer zijn arbeidsovereenkomst niet gedeeltelijk opzeggen). Zie tevens N. HORN, “Vertragsdauer” in *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, I, (551) 575.

<sup>2012</sup> Kh. Doornik 18 oktober 1984, *TBH* 1986, 70; Voorz. Kh. Hoei 10 oktober 1996, *DAOR* 1997, 72, noot P. KILESTE; J. MATRAY, “L’autonomie de la clause d’arbitrage”, (147) 157.

<sup>2013</sup> Deze bedoeling kan uitdrukkelijk worden uitgewerkt in een “partieel” opzeggingsbeding: M. FONTAINE en F. DE LY, *Drafting international contracts. An analysis of contract clauses*, Ardsley-on-Hudson, Transnational Publishers, 2006, 587-588.

<sup>2014</sup> Landesarbeidsgericht Hamburg (8. Kammer) 10 augustus 2006, Az. 8 Sa 9/06, [www.juris.de](http://www.juris.de) (deelopzegging toegelaten indien uitdrukkelijk overeengekomen). Zie tevens: P. WERY, “L’acte unilatéral destiné à mettre fin à une convention en l’absence de faute de l’autre partie” in *La volonté unilatérale dans le contrat*, Brussel, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 2008, (255) 277-278, nr. 18-19 (deze auteur gaat uit van de principiële ondeelbaarheid van de opzegging behoudens afwijking op basis van de wet of een contractuele bepaling).



de wetgever kan daarbij voorzien in al dan niet weerlegbare vermoedens van (on)deelbaarheid<sup>2015</sup>. Een fragmentering van de opzegmogelijkheid moet wel steeds het wederkerige karakter van de overeenkomst respecteren.

De opzegging is de minst controversiële beëindigingswijze op het vlak van de splitsbaarheid van contractuele bestanddelen. Deze beëindigingsgrond sanctioneert namelijk *noch* een gebrek in de totstandkomingsvereisten, *noch* een wanprestatie<sup>2016</sup>. Dit betekent dat de rechtshandeling niet hoeft te worden uitgewist, zodat de problematiek van de retroactieve uitwissing niet rijst. Het verbod op eeuwigdurende verbintenissen staat de werking van postcontractuele afspraken bij een opzegging evenmin in de weg voor zover de verbintenissen uit de postcontractuele fase op hun beurt geen eeuwigdurende werking hebben. Dit gevaar rijst alvast niet bij postcontractuele verbintenissen met een aflopend karakter. Een postcontractuele verplichting tot vernietiging of teruggave van de gebruikte informatiedragers blijft bijgevolg geldig, ook al is haar uitvoering afhankelijk van de opzegging van de contractuele basisverhouding. Postcontractuele duurverbintenissen moeten daarentegen wel begrensd zijn in de tijd, zoniet zullen ook zij vatbaar zijn voor een eenzijdige opzegging.

**565. Weerslag van een opzegging van de contractuele basisverhouding op een accessoire geheimhoudingsplicht.** De duurzaamheid van de bescherming vereist bij een *accessoire geheimhoudingsplicht* dat de geheimhoudingsplicht behouden blijft na de stopzetting van de contractuele basisverhouding. De geheimhoudingsduur mag in die hypothese niet uitdoven door de opzegging van deze basisverhouding aangezien dit zou betekenen dat de geheimplichtige wordt bevrijd van zijn engagementen op het vlak van de geheimhouding. Zo is de geheimhoudingsplicht van de bankier niet bestemd om te verdwijnen na de verbreking van een bewaargevingsovereenkomst (of andere bankgerelateerde contractuele verhouding) met een cliënt<sup>2017</sup> en is de geheimhoudingsplicht van de werknemer niet bestemd om uit te doven na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst<sup>2018</sup>.

---

<sup>2015</sup> Art. 12 van de Wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst, *BS* 20 augustus 1992 (wanneer de verzekeraar zich in een zelfde overeenkomst tot verschillende prestaties verbindt, geldt de grond van opzegging betreffende een van die prestaties niet voor de gehele overeenkomst, tenzij anders is bedongen); C. CAUFFMAN, *De verbindende eenzijdige belofte*, 766, nr. 1179.

<sup>2016</sup> *Cf.* wat dit laatste betreft Brussel 25 januari 2002, *JLMB* 2003, 952 (de opzegging hoeft niet te worden gemotiveerd met een fout van de medecontractant).

<sup>2017</sup> Cass. 1<sup>e</sup> civ. (fr.) 2 juni 1993, *Bull. civ.* I, 136, nr. 197 (“l’obligation au secret à laquelle est tenu le banquier ne cesse pas avec la résiliation du contrat de garde conclu avec son client”); Engeland: Court of Appeal 17 december 1923 *Tournier v National Provincial and Union Bank of England*, [1924] 1 KB 461 (“The first question is: To what information does the obligation of secrecy extend? [...] [I]t must, I think, extend beyond the period when the account is closed, or ceases to be an active account. It seems to me inconceivable that either party would contemplate that once the customer had closed his account the bank was to be at liberty to divulge as it pleased the particular transactions which it had conducted for the customer while he was such”).

<sup>2018</sup> Cass. soc. (fr.) 19 maart 2008, nr. 06-45.322, nr. JurisData : 2008-043287 (“[...] qu’une clause de confidentialité destinée à protéger le savoir-faire propre à l’entreprise peut valablement prévoir qu’elle s’appliquera après la fin du contrat de travail [...]”). Deze materie is naar Belgisch recht geregeld in artikel 17, 3<sup>o</sup> Arbeidsovereenkomstenwet.

Aangezien de gevolgen van de opzegging beding per beding of verbintenis per verbintenis kunnen worden nagegaan, hoeft de opzegbaarheid van één contractueel bestanddeel niet *ipso facto* de opzegbaarheid van alle contractuele bestanddelen met zich mee te brengen, tenzij zij daadwerkelijk ondeelbaar met elkaar verbonden zouden zijn<sup>2019</sup>. De duurzaamheid van een geheimhoudingsbeding wordt dan ook niet uitgehold door een opzeggingsrecht ten aanzien van de contractuele basisverhouding. Dit opzeggingsrecht biedt de partijen niet de mogelijkheid om de overeenkomst eenzijdig opzij te schuiven als referentiekader voor hun relatie. De opzegging van de contractuele basisverhouding heeft slechts tot gevolg dat geen nieuwe geheimhoudingsplichten meer tot stand kunnen komen (met uitzondering van eventuele geheimhoudingsplichten die net bedoeld zijn om pas in werking te treden na de beëindiging van de overeenkomst). Deze sluiting van het *disclosure window* brengt de bindende kracht van reeds ontstane geheimhoudingsplichten echter niet in het gedrang<sup>2020</sup>.

**566. Weerslag van de opzegging op een (zelfstandige) geheimhoudingsovereenkomst.** Bij een *geheimhoudingsovereenkomst* ligt een postcontractuele werking van de geheimhoudingsplicht minder voor de hand. De geheimhoudingsplicht is in die hypothese namelijk net de contractuele basisverhouding die bestemd is om te eindigen. Het komt er hierbij op aan om te vermijden dat de geheimhoudingsplicht vatbaar is voor vroegtijdige opzegging door haar te koppelen aan een geschikte tijdsbepaling. Geheimhoudingsovereenkomsten zijn wel op zinvolle wijze vatbaar voor een gedeeltelijke opzegging indien deze andere contractuele bestanddelen viseert. Zo leidt de stopzetting van de gesprekken bij onderhandelingen tot de sluiting van het *disclosure window*. Hierdoor verdwijnt de mogelijkheid om nieuwe geheimhoudingsplichten tot stand te brengen. Deze opzegging laat de reeds bestaande geheimhoudingsplichten echter onverlet.

**567. Uitdrukkelijke regeling van de postcontractuele werking bij opzegging.** De splitsbaarheid tussen de geheimhoudingsplicht en de rest van de overeenkomst op het vlak van de opzegging kan uiteraard steeds uitdrukkelijk worden bedongen in de overeenkomst:

**Voorbeeld:** “This Agreement may be terminated at any time by either party giving ten days’ written notice to the other party. Any termination of this Agreement shall not relieve the receiving party of its obligations imposed above, with respect to Confidential Information exchanged prior to the effective date of termination.”<sup>2021</sup>

“This Agreement shall be in force until either Party notifies the other of its intent to terminate this Agreement. Upon such notice of termination, however, the terms of this Agreement shall remain in force as to all information previously disclosed, shared or exchanged under this Agreement”.

---

<sup>2019</sup> Cf. Rb. Gent 9 oktober 1984, *TGR* 1986, 8 (een te allen tijde herroepbaar “filosofisch” testament bevatte tevens een verbintenis met tijdsbepaling die een zelfstandig bestaan kende en derhalve niet herroepbaar was).

<sup>2020</sup> Cf. *supra* randnr. 435 (zie ook randnr. 560) en het daar reeds aangehaalde Rb. Leuven 5 september 2000, *TBH* 2002, 462, noot C. LEBON.

<sup>2021</sup> <http://www.npiservices.com>.

De postcontractuele werking van de geheimhoudingsplicht na de opzegging hoeft niet uitdrukkelijk te worden beperkt in de tijd. Dit is niet problematisch met het oog op het verbod op eeuwigdurende verbintenissen, zelfs niet indien de contractuele basisverhouding was aangegaan voor onbepaalde duur. De geheimhoudingsplicht wordt namelijk als dusdanig beperkt door een impliciete maximumduur (*supra* randnr. 467).

**568. Opzegging of al dan niet retroactieve ontbinding van de contractuele basisverhouding ter vrijwaring van de economische waarde van het geheim.** De ontbinding (of opzegging) van de overeenkomst in haar geheel is niet voordelig voor de meester van het geheim. Zij strekt zich immers tevens uit tot de accessoire geheimhoudingsplicht. Een partiële ontbinding van de overeenkomst kan zich echter toespitsen op contractuele elementen die los staan van de geheimhoudingsplicht. Zo kan de ontbinding (of opzegging) beperkt blijven tot de sluiting van het *disclosure window*. Dit voorkomt het ontstaan van nieuwe geheimhoudingsplichten zonder doorwerking naar de reeds bestaande verplichtingen. Bovendien verdwijnt het gebruiksrecht dat de geheimplichtige genoot op de informatie terwijl hij toch onderworpen blijft aan de geheimhoudingsplicht. Deze beëindigingsmogelijkheid vrijwaart de economische waarde van het geheim voor de informatieverstrekker. Hij kan immers nieuwe licenties toekennen zonder dat hij of zijn nieuwe licentienemers concurrentie moeten vrezen van de eerdere licentienemer. Zo kan een licentiegever zich het recht voorbehouden om een licentie van vertrouwelijke informatie stop te zetten met behoud van de geheimhoudingsplicht indien de licentienemer de techniek niet of niet naar behoren uitbaat<sup>2022</sup>. Dit is vooral aangewezen indien de licentievergoeding wordt bepaald door de omzet of winst die wordt gerealiseerd door de uitbating van de techniek.

Het staat de partijen vrij om de drempels te bepalen voor de activering van het ontbindings- of opzeggingsrecht. Zij kunnen bijvoorbeeld specificeren dat de niet-naleving van de contractuele voorschriften al dan niet ernstig of foutief moet zijn en of de medecontractant al dan niet moet instaan voor de fouten van zijn uitvoeringsagenten<sup>2023</sup>. Lage beëindigingsdrempels zijn voordelig voor de informatieverstrekker, maar riskeren onrealistische verplichtingen te leggen op de schouders van de informatieontvanger. Het wederkerige karakter van de overeenkomst wordt uitgehold indien *ab initio* duidelijk had moeten zijn dat de drempels onmogelijk na te leven waren. Dit riskeert het reële karakter van de oorzaak van de overeenkomst reeds van bij de contractsluiting teniet te doen in hoofde van de informatieontvanger<sup>2024</sup>.

---

<sup>2022</sup> Het gaat hierbij niet om een potestatieve voorwaarde aangezien de realisatie van de gebeurtenissen niet uitsluitend van de wil van de schuldenaar afhangt (Antwerpen 15 mei 2001, *Juristenkrant* 2001, 4).

<sup>2023</sup> J.M. MOUSSERON, 641, nr. 1754.

<sup>2024</sup> Vgl. Cass. 1<sup>er</sup> civ. (fr.) 3 juli 1996, *D* 1997, 500, noot P. REIGNE (“attendu qu’ayant relevé que, s’agissant de la location de cassettes vidéo pour l’exploitation d’un commerce, l’exécution du contrat selon l’économie voulue par les parties était impossible, la cour d’appel en a exactement déduit que le contrat était dépourvu de cause, dès lors qu’était ainsi constaté le défaut de toute contrepartie réelle à l’obligation de payer le prix de location des cassettes, souscrite par M. et Mme Piller dans le cadre de la

**569. Postcontractuele effecten van een herroeping: wederzijdse herroeping met behoud splitsbare afspraken?** De *mutuus dissensus* is de normale wijze waarop overeenkomsten vroegtijdig worden beëindigd (art. 1134, tweede lid BW)<sup>2025</sup>. Deze beëindigingsgrond vereist een nieuwe wilsovereenstemming tussen de partijen die gericht is op de stopzetting van de overeenkomst. Deze rechtshandeling vertaalt zich bijgevolg in een nieuwe overeenkomst<sup>2026</sup> (een zgn. *convention extinctive*<sup>2027</sup> of *contrat révocatoire*<sup>2028</sup>) die tevens kan worden aangegrepen om de rechtsgevolgen van de herroeping te nuanceren (bv. door te verbijzonderen welke verplichtingen niet worden aangetast door de herroeping) of te concretiseren (bv. door de datum aan te geven waarop de herroeping ingaat<sup>2029</sup>). Deze overeenkomst tot gezamenlijke beëindiging moet dan ook voldoen aan de gemeenrechtelijke geldigheidsvereisten<sup>2030</sup>. De wilsovereenstemming kan in principe uitdrukkelijk of stilzwijgend totstandkomen<sup>2031</sup>. De bewijsregeling van het Burgerlijk wetboek blijft wel van toepassing<sup>2032</sup>. De verplichting om een akte op te stellen voor zaken waarvan de waarde hoger ligt dan 375 euro blijft bijgevolg gelden voor de beëindiging van de overeenkomst door wederzijdse instemming<sup>2033</sup>. De *mutuus dissensus* heeft in het Belgische recht een werking *ex nunc*<sup>2034</sup> als uitgangspunt. De partijen kunnen hiervan

---

convention de création d'un "point club vidéo"). Dit veronderstelt dat een gesubjectieerde oorzaak (zoals de door de partijen beoogde "économie van het contract") in aanmerking komt voor de toetsing van artikel 1131 BW – zie J. ROCHFELD, "Cause", *Rép. civ. Dalloz* januari 2005, 21-22.

<sup>2025</sup> Cf. Cass. 11 september 1989, *RW* 1989-90, 437; Cass. 30 november 1998, *Arr. Cass.* 1998, 1083; Cass. 23 december 1996, *Arr. Cass.* 1996, 1247; Cass. 20 december 1993, *RW* 1995-96, 41, noot J.R.R.; C. DELFORGE, "L'unilatéralisme et la fin du contrat" in *La fin du contrat* 2001, 106, nr. 62 en 107, nr. 64. Zie hierover uitgebreid naar Frans recht: R. VATINET, "Le mutuus dissensus", *RTD Civ* 1987, 252-285.

<sup>2026</sup> R. DEKKERS, A. VERBEKE, N. CARETTE en K. VANHOVE, III, 99, nr. 189.

<sup>2027</sup> R. VATINET, (252) 256.

<sup>2028</sup> E. PUTMAN, "La révocation amiable" in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, (125) 127.

<sup>2029</sup> *Arbh. Gent* 10 december 2001, *RW* 2002-03, 220.

<sup>2030</sup> Wat bv. impliceert dat deze overeenkomst een reële en geoorloofde oorzaak moet hebben (Vred. Leuze 5 februari 2001, *T. Agr. R.* 2001, 142).

<sup>2031</sup> R. PASCARIELLO, "Het tenietgaan van overeenkomsten", *Limb. Rechtsl.* 1995, (207) 208. Bijzondere wetgeving kan echter specifieke formaliteiten opleggen, zie bv. art. 3, vierde lid Handelshuurwet (beëindiging in gemeen overleg moet worden vastgesteld bij authentieke akte of een verklaring voor de rechter – zie tevens Cass. 17 februari 1995, *Arr. Cass.* 1995, 189); P. WERY, "Vue d'ensemble sur les clauses d'extinction des contrats" in *La fin du contrat*, CUP, Luik, 2001, 26, nr. 17.

<sup>2032</sup> Cass. 2 maart 1973, *Arr. Cass.* 1973, 651.

<sup>2033</sup> Er weze aan herinnerd dat de bewijsregeling tegen handelaars hiervan afwijkt (cf. *supra* randnr. 16).

<sup>2034</sup> Cass. 23 december 2005, *Pas.* 2005, 2634; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, II, 802-804, nrs. 621-622; vgl. W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, I, acco, Leuven, 2000, 195. Zie tevens de stellingname van Laurent (F. LAURENT, XVI, 254, nr. 183). Het Franse recht is lange tijd uitgegaan van een principiële werking *ex tunc* (cf. M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, VI, Parijs, LGDJ, 1952, 479, nr. 372; R. VATINET, "Le mutuus dissensus", *RTD civ.* 1987, (252) 277-279, nrs. 33-34; G. BLANC-JOUVAN, *L'après-contrat*, Aix-Marseille, PUM, 2003, 126, nr. 141; S. DUMOND, 58, nr. 90; O. BILLARD, 179; M. BARBERIS, [www.memoireonline.com](http://www.memoireonline.com), nr. 26 en de aldaar aangehaalde Franse cassatierechtspraak). Het Franse Hof van Cassatie heeft haar standpunt echter gewijzigd in de context van duurovereenkomsten (Cass. soc. (fr.) 20 december 2006, nr. 05-43.057, *D* 2007, 555, noot G. BLANC-JOUVAN; J. MESTRE, "Des effets de la résiliation amiable d'un contrat" (noot onder Cass. com. (fr.) 1 februari 1994), *RTD Civ.* 1994, 356; F. TERRE, P. SIMLER en Y. LEQUETTE, 479, nr. 476).

echter afwijken en ervoor opteren om hun wederzijdse herroeping *ex tunc* te laten ingaan.

De vraag rijst wat de invloed van de herroeping is op de (splitsbare) bedingen die vervat zijn in de overeenkomst. Op het eerste gezicht lijkt het antwoord eenvoudig. De overeenkomst wordt herroepen en dus kan men verwachten dat alle contractuele bestanddelen worden opgeheven. Dit is echter een gemakkelijksredenering. De partijen hebben het recht om de postcontractuele fase van hun rechtsbetrekkingen op voorhand te organiseren en niets sluit uit dat zij deze afspraken van toepassing verklaren op de gezamenlijke herroeping. Men kan wegens het bindende karakter van deze afspraken niet *a priori* stellen dat een herroeping van “de overeenkomst” steeds leidt tot de verdwijning van alle contractuele bestanddelen.

Het belang van deze vraag is bovendien niet louter academisch. De gelijkschakeling van een herroeping van “de overeenkomst” met de herroeping van alle contractuele bestanddelen impliceert namelijk dat ook schadebedingen, bevoegdheidsbedingen, ADR bedingen, etc. zouden worden herroepen. De wijzigingen die dit aanbrengt in de rechtsbetrekkingen tussen de partijen zijn zo fundamenteel dat het zeer belangrijk is om uit te klaren of deze wijzigingen daadwerkelijk stroken met de wil van de partijen.

Het Franse Hof van Cassatie oordeelde in deze context dat een herroeping, behoudens andersluidende afspraken geen einde stelt, aan de bedingen van de oorspronkelijke overeenkomst die tot doel hebben om de postcontractuele verhoudingen te regelen tussen de partijen<sup>2035</sup>. Dit ligt in de lijn van eerdere Zwitserse rechtspraak over de weerslag van een herroeping op een arbitragebeding en die, op basis van de goede trouw, vaststelde dat een herroeping zich niet uitstreckte naar dergelijke accessoire procedurele afspraken, maar beperkt bleef tot de contractuele basisverhouding<sup>2036</sup>.

**570. Dading met behoud van splitsbare afspraken?** Een herroeping van de overeenkomst mag niet worden verward met een dading. De herroeping heeft niet noodzakelijk tot doel om een -al dan niet toekomstig- geschil te beëindigen. Deze rechtsfiguur vereist daardoor in tegenstelling tot een dading geen wederzijdse toegevingen<sup>2037</sup>. Beide operaties kunnen wel resulteren in de beëindiging van een contractuele relatie. De vraag naar het behoud van postcontractuele afspraken kan

---

<sup>2035</sup> Cass. soc. (fr.) 20 december 2006, nr. 05-43.057, *D* 2007, 555, noot G. BLANC-JOUVAN. Vgl. met R. VATINET, (252) 179-280 (deze auteur stelt in eerste instantie dat de bedingen die behoren tot het zgn. “*après-contrat*” deel uitmaken van de overeenkomst en bijgevolg in principe mee zouden moeten verdwijnen, maar komt niettemin tot de vaststelling dat bedingen zoals arbitragebedingen of niet-concurrentiebedingen kunnen blijven voortbestaan).

<sup>2036</sup> Tribunal fédéral Zwitserland 15 maart 1990, *Rev. Arb.* 1990, 921, noot P.-Y. TSCHANZ (“La clause compromissoire ne partage dès lors pas nécessairement la destinée du contrat principal. [...] Cela vaut aussi en cas de résiliation du contrat principal par accord des parties, mais il faut alors en règle générale admettre que les parties, dans la mesure où elles n'en ont pas autrement disposé expressément, veulent laisser en vigueur la clause compromissoire aussi pour les litiges en rapport avec les conséquences de la dissolution du contrat. [...] A la lumière de ces critères, il n'y a pas lieu de critiquer la conception du Tribunal supérieur selon laquelle la clause compromissoire du contrat du 12 avril 1974 n'aurait pas été abrogée par l'avenant n° 5. L'abrogation du contrat principal par l'art. 1 de cet avenant ne fait pas obstacle au maintien en vigueur de l'accord compromissoire”).

<sup>2037</sup> Cf. R. VATINET, (252) 260; E. PUTMAN, “La révocation amiable”, (125) 129.

bijgevolg tevens rijzen bij de beëindiging van de contractuele relatie via een dading die bijvoorbeeld wordt gesloten voor de buitengerechtelijke afhandeling van een geschil over de onrechtmatigheid van een opzegging. Het Franse Hof van Cassatie besliste ook hier dat bedingen die tot doel hebben om in werking te treden na afloop van de overeenkomst, behoudens andersluidende afspraken, niet verdwijnen door het aangaan van deze dading. De partijen moeten daarom uitdrukkelijk afstand doen van bedingen die voorzien in postcontractuele geheimhoudings- en niet-concurrentieplichten<sup>2038</sup>.

**571. Besluit: behoud van postcontractuele afspraken behoudens andersluidende indicaties.** Er mag niet uit het oog worden verloren dat een herroeping of een dading de partijen wel degelijk een forum biedt om hun contractuele relatie volledig op te heffen. De gemeenschappelijke wilsovereenstemming van de partijen wordt in tegenstelling tot andere beëindigingswijzen namelijk niet beperkt door de overeenkomst als bindend referentiekader bij de uitwerking van de herroeping of de dading<sup>2039</sup>. De *mutuus dissensus* is net een rechtsfiguur om terug te komen op dit bindende kader. De partijen zijn daardoor in staat om gezamenlijk een einde te stellen aan de postcontractuele bedingen. Het is een kwestie van interpretatie of zij dit al dan niet hebben gedaan in een concreet geval. Aangezien postcontractuele afspraken net tot doel hebben om in werking te treden na de beëindiging van de overeenkomst, moet daarbij niet van het uitgangspunt worden vertrokken dat de herroeping of de dading een einde stelt aan de hele overeenkomst. Bij de interpretatie dient rekening te worden gehouden met de vaststelling dat partijen die het hebben over “de overeenkomst” doorgaans alleen doelen op de contractuele basisverhouding die uit de overeenkomst voortvloeit, met uitsluiting van de bedingen die de postcontractuele verhoudingen tussen de partijen regelen (*supra* randnr. 390). De redenering dat een beëindiging van “de overeenkomst”, of een afstand van de rechten en plichten die uit de overeenkomst voortvloeien, de bedingen met postcontractuele ambities in principe onverlet laat is daarom niet onverenigbaar met de betekenis die de partijen aan de door hen gekozen bewoordingen kunnen hechten.

Het volgende interpretatierichstnoer kan worden geformuleerd om uit te maken of een beding bestemd is om een herroeping -weze het in de vorm van een herroepinsovereenkomst of naar aanleiding van een dading- te overleven. Bedingen

---

<sup>2038</sup> Cf. Cass. soc. (fr.) 30 januari 1996, nr. 92-42.457, Gérard Finiels / Harry's SA. De werkgever had afstand gedaan van “toute action, droits et prétentions nés ou à naître des liens contractuels ayant existé entre eux”. De bodemrechter oordeelde dat deze afstand niet de postcontractuele niet-concurrentie- en geheimhoudingsbedingen omvatte. Het Franse Hof van Cassatie was het met die stelling eens: “[...] que les clauses contractuelles, destinées à trouver application postérieurement à la rupture du contrat de travail, ne sont pas affectées, sauf dispositions expresses contraires, par la transaction intervenue entre les parties pour régler les conséquences d'un licenciement”. De vraag of partijen hun postcontractuele afspraken wensen op te heffen in het raam van de dading blijft echter een feitenkwestie. Zie voor een voorbeeld waarin de rechter een afstand van een niet-concurrentiebeding vaststelde n.a.v. een vaststellingsovereenkomst: Gerechtshof Amsterdam, LJN BJ2741 (“Gelet op alle omstandigheden van het geval heeft [geïntimeerde] kunnen en mogen begrijpen dat door DECS geen beroep meer zou worden gedaan op het concurrentiebeding”).

<sup>2039</sup> De overeenkomst kan weliswaar afspraken bevatten over de wederzijdse opzegging, maar de partijen kunnen deze afspraken steeds beëindigen via een nieuwe wederzijdse opzegging.

uit de oorspronkelijke overeenkomst *zonder* enige postcontractuele ambitie moeten ondubbelzinnig van het toepassingsgebied van de herroeping worden uitgezonderd. Bedingen uit de oorspronkelijke overeenkomst *met* postcontractuele ambities moeten daarentegen ondubbelzinnig worden herroepen indien hun draagwijdte ruim genoeg is om ook een wederzijdse herroeping van de contractuele basisverhouding te overleven. Het ondubbelzinnige karakter van de herroeping kan bijvoorbeeld blijken uit de vaststelling dat de herroepingsovereenkomst of dading specifieke bepalingen bevat (bv. een eigen geheimhoudingsbeding) die onverenigbaar zijn met de postcontractuele werking van haar tegenhanger uit de oorspronkelijke overeenkomst. Dit richtsnoer respecteert zowel het prerogatief van de partijen om postcontractuele afspraken op te nemen in de oorspronkelijke overeenkomst als de mogelijkheid om daar in gemeen overleg op terug te komen.

De discussie over het al dan niet voortbestaan van de geheimhoudingsplicht bij een herroeping of dading is bovendien eenvoudig te vermijden door uitdrukkelijk te stipuleren dat bepaalde bedingen, zoals het geheimhoudingsbeding of het schadebeding, bestemd zijn om een eventuele herroeping van de overeenkomst te overleven en daaraan toe te voegen dat een afwijking van deze postcontractuele werking uitdrukkelijk moet worden bedongen.

### 5.2.2 Splitsbaarheid en uitdoving of verval van contractuele verbintenissen

**572. Uitdoving of verval van contractuele verbintenissen.** De uitdoving<sup>2040</sup> of het verval<sup>2041</sup> van een specifieke contractuele verbintenis hoeft ten slotte evenmin te resulteren in de verdwijning van contractuele elementen die nog niet bestemd zijn om uit te doven. Alleen de uitdoving of het verval van de geheimhoudingsplicht als dusdanig leidt tot de beëindiging ervan.

## 5.3 Splitsbaarheid zonder beëindiging van de contractuele basisverhouding

### 5.3.1 Uitvoering van de contractuele basisverhouding

---

<sup>2040</sup> Cf. voor geheimhouding: C. VUILLEMIN-GONZALEZ, 342, nr. 438.

<sup>2041</sup> Cass. 4 februari 2005, RW 2005-06, 587, noot S. MOSSELMANS (bij een verkoopovereenkomst vervallen door het tenietgaan van de verkochte zaak de op deze zaak slaande verbintenissen, maar niet noodzakelijk de overige verbintenissen die uit de overeenkomst voortvloeien); M.-E. ANDRE, M.-P. DUMONT en P. GRIGNON, *L'après-contrat*, 39-40, nr. 31-32; C. PELLETIER, *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, L'Harmattan, Parijs, 2004, 394-396, nr. 319; cf. de overwegingen bij P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Brussel, Bruylant, 1998, 68-69. Er weze opgemerkt dat het Belgische Hof van Cassatie oordeelt dat het bestaan van de oorzaak bij rechtshandelingen ten bezwarende titel op het tijdstip van de contractsluiting moet worden beoordeeld en dat de latere verdwijning ervan in de regel geen invloed heeft op de *geldigheid* van deze rechtshandeling (Cass. 12 oktober 2006, *RGEN* 2008, 225). De partijen kunnen een gelijkaardig effect bereiken door het stipuleren van een ontbindende voorwaarde. De regel dat de aanwezigheid van een oorzaak als geldigheidsvereiste moet worden beoordeeld ten tijde van de contractsluiting neemt niet weg dat de latere verdwijning van de oorzaak kan leiden tot de niet-retroactieve stopzetting van de verbintenissen die uit de overeenkomst voortvloeien omdat de partijen deze gebeurtenis impliciet hebben bedongen als een essentieel element voor de voortzetting van de overeenkomst. Het verval van het voorwerp wordt wel aanvaard (Cass. 14 oktober 2004, *Arr. Cass.* 2004, 1606).

**573. Invloed van voorwaardelijke verbintenissen of verbintenissen met tijdsbepaling uit de contractuele basisverhouding op de geheimhoudingsplicht.**

Het geheimhoudingsbeding kan dankzij zijn autonome werking reeds van kracht zijn op een moment dat de contractuele basisverhouding nog geen uitwerking krijgt<sup>2042</sup> wegens onderworpenheid aan een opschortende voorwaarde. Een opschorting van de uitvoering van een verbintenis uit de basisverhouding door een opschortende tijdsbepaling of een tijdelijke onmogelijkheid tot uitvoering staat de verplichting van de medecontractant om het geheimhoudingsbeding na te leven evenmin in de weg. Wat de voorwaarde betreft is dit te verklaren door het feit dat een zogenaamde “overeenkomst onder opschortende voorwaarde” als dusdanig bestaat en dat alleen het bestaan van de gemodaliseerde verbintenissen opgeschort is. Zij kan daardoor reeds een bron zijn van opeisbare rechten en plichten<sup>2043</sup>. De werking van een geheimhoudingsbeding is evenmin controversieel indien de contractuele basisverhouding onderworpen is aan een opschortende tijdsbepaling. In dat geval bestaan namelijk zowel de overeenkomst als de verbintenissen en wordt slechts de uitvoering van enkele van deze verbintenissen opgeschort (art. 1185 BW). Het beding kan bovendien van kracht blijven indien de opschortende voorwaarde niet in vervulling gaat<sup>2044</sup> of nadat de verbintenissen uit de contractuele basisverhouding die onderworpen waren aan een ontbindende tijdsbepaling zijn uitgedoofd.

5.3.1 *Exceptio non adimpleti contractus* (enac) en schorsing

**574. Probleemstelling.** De meester van het geheim die tekort komt aan zijn verplichtingen loopt het risico dat de geheimplichtige als reactie de uitvoering van zijn eigen verbintenissen opschort door beroep te doen op de *exceptio non adimpleti contractus* (enac). Deze rechtsfiguur geeft een partij het recht om de nakoming van de eigen verbintenis op te schorten totdat de medecontractant aan diens zekere en eerst opeisbare verbintenis heeft voldaan. Het beroep op de exceptie vereist dat de *excipiens* (de persoon die zijn prestatie opschort) die *schuldeiser is van een zekere en reeds opeisbare schuldvordering* en geconfronteerd wordt met een *wanprestatie die*

---

<sup>2042</sup> De opschortende voorwaarde heeft tot gevolg dat de overeenkomst bestaat hangende de voorwaarde. Slechts de voorwaardelijke verbintenissen zijn geschorst. Zie uitgebreid: J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht* in *Recht en Onderneming*, Brugge, die Keure, 2007, 177-187, nrs. 149-156 en de daar aangehaalde cassatierechtspraak; zie tevens H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, 225, nr. 153bis. Anders: A. SAMUEL, *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration*, 173. Volgens deze auteur heeft de opschortende voorwaarde betrekking op de totstandkoming van de overeenkomst. De autonome werking van een (ADR) beding wordt in deze visie gesteund op de premisse dat de opschortende voorwaarde leidt tot twee overeenkomsten: enerzijds een overeenkomst die de totstandkoming van de opgeschorte overeenkomst voorbereidt en anderzijds (indien de voorwaarde wordt gerealiseerd) de opgeschorte overeenkomst als dusdanig. Het ADR beding zou reeds opgenomen zijn in de voorbereidende overeenkomst (“The arbitral clause is certainly in the first agreement and will become part of the second if it ever comes into force”), zodat het bestaan ervan niet wordt geconditioneerd door de opschortende voorwaarde.

<sup>2043</sup> Vgl. I. PETEL, 109, nr. 105 *et seq.*

<sup>2044</sup> Zie Cass. 1<sup>e</sup> civ. (fr.) 6 december 1988, nr. JurisData: 1988-003012 (de autonomie van het arbitragebeding verplicht partijen tot arbitrage voor geschillen over de totstandkoming van de overeenkomst, zelfs indien de overeenkomst in kwestie nooit in werking is getreden). Zie ook Cass. 5 juni 1981, *Arr. Cass.* 1980-81, 1157; tevens I. PETEL, 141, nr. 135.



toerekenbaar is aan zijn medecontractant<sup>2045</sup>. Het beroep moet bovendien *te goeder trouw* gebeuren.

De toepassing van deze rechtsfiguur op een geheimhoudingsplicht zou zeer nadelig zijn voor de meester van het geheim. Deze laatste verstrekt de informatie immers met het oog op de doorlopende uitvoering ervan tot aan de overeengekomen termijn. De enac is echter een exceptie. Zij wordt ingeroepen als verweermiddel in de hypothese dat de eerst in gebreke gebleven schuldenaar aanspraak maakt op de uitvoering of ontbinding van de overeenkomst ten nadele van de *excipiens*. De rechter gaat, gelet op haar statuut als verweermiddel, pas *a posteriori* na of de opschorting terecht gebeurde. De bewijslast rust daarbij weliswaar op de *excipiens*<sup>2046</sup>. Dit is echter een magere troost aangezien de gevolgen van de opschorting definitief riskeren te zijn ongeacht de latere tussenkomst van de rechter. Daarom moet worden onderzocht of de geheimhoudingsplicht onder het toepassingsgebied van de enac valt en, zo ja, onder welke voorwaarden de geheimplichtige zijn verbintenis om iets niet te doen desgevallend zou kunnen opschorten.

**575. Toepassingsgebied van de enac: onderling verbonden contractuele bestanddelen.** Een eerste aandachtspunt bij de beoordeling van de enac is het toepassingsgebied van de exceptie. Zij behoort tot het wezen van synallagmatische rechtsverhoudingen<sup>2047</sup>. Hiertoe behoort uiteraard de categorie van de wederkerige overeenkomsten (art. 1102 BW). Het toepassingsgebied van de exceptie blijft echter niet beperkt tot verbintenissen die formeel tot één overeenkomst behoren. Zij kan bijvoorbeeld ook worden ingeroepen in een wederkerige rechtsverhouding waarbij samenhangende verbintenissen voortvloeien uit verschillende overeenkomsten. Eenzijdige rechtsverhoudingen vallen daarentegen buiten het toepassingsgebied van de enac<sup>2048</sup>. De vraag of een geheimhoudingsplicht deel uitmaakt van een synallagmatische rechtsverhouding kan niet eenduidig worden beantwoord. Een geheimhoudingsovereenkomst is een eenzijdige overeenkomst indien alleen de geheimplichtige een verbintenis op zich neemt en de meester van het geheim over de mogelijkheid beschikt om de informatie al dan niet mee te delen. Dit kan het geval zijn bij onderhandelingen waarbij slechts één van de partijen vertrouwelijke informatie zal meedelen. De geheimhoudingsplicht kadert echter in een wederkerige rechtsverhouding indien de meester van het geheim er zich toe heeft verbonden om de informatie mee te delen of indien de geheimhoudingsplicht deel uitmaakt van een wederkerige overeenkomst<sup>2049</sup>. De vraag naar de toepassing van de *exceptio non*

---

<sup>2045</sup> Het criterium van de wanprestatie wordt in deze analyse achterwege gelaten. Er wordt vertrokken van de hypothese dat de wanprestatie vaststaat en voldoende ernstig is, zodat alleen het lot van de geheimhoudingsplicht moet worden onderzocht.

<sup>2046</sup> Deze partij moet haar gedrag nauwgezet verantwoorden. De vaststelling dat de facturen aan de hoge kant zijn en “dat er iets niet pluis is” volstaat niet om de betaling van een deel van het bedrag in te houden (Vred. Gent (VII) 22 januari 2001, *Huur* 2002, 95).

<sup>2047</sup> R. CASSIN, *L’exception tirée de l’inexécution dans les rapports synallagmatiques*, Parijs, Sirey, 1914, 469; C. CAUFFMAN, “Opschortingsrechten bij niet-nakoming”, (141) 151; P. VAN OMMESELAGHE, “La sanction de l’inexécution du contrat” (191) 219, nr. 21.

<sup>2048</sup> B. PETIT, “Fasc. Unique: contrats et obligations. – Définition et classification des contrats”, nr. 64.

<sup>2049</sup> In het Belgische recht wordt het behoren tot eenzelfde overeenkomst doorgaans voldoende geacht voor de aanvaarding van een juridische samenhang tussen de contractuele bestanddelen (B. DUBUISSON

*adimpleti contractus* rijst wel in dergelijke omstandigheden. De theorie van de accessoire overeenkomst levert daarbij geen uitsluitsel voor het toepassingsgebied aangezien de vereiste juridische samenhang ook kan voortvloeien uit meerdere overeenkomsten. Omgekeerd betekent de vaststelling dat het beding tot dezelfde overeenkomst behoort als de opgeschorte prestatie niet *ipso facto* dat sprake is van de nodige juridische samenhang. De wil van de partijen -desgevallend afgeleid uit de aard van de verbintenis- kan immers wijzen op het tegendeel.

De discussie in het Nederlandse recht biedt een nuttige illustratie van het debat over de definitie van de samenhang. Artikel 6:262 Nederlandse NBW stelt dat de niet-naleving van een bepaalde verplichting aanleiding kan geven tot een opschorting van de “daartegenover staande verplichtingen”<sup>2050</sup>. De betekenis van deze zinsnede is echter betwist. Volgens een ruime opvatting staan verbintenissen tegenover elkaar wanneer de schuldenaar die tot opschorting bevoegd is zich evenzeer via een ontbinding zou kunnen bevrijden van de verbintenissen in kwestie. Volgens een restrictieve opvatting moeten de verbintenissen daarentegen elkaars rechtstreekse tegenprestatie zijn. In beide visies maakt de geheimhoudingsplicht een grote kans om als splitsbaar te worden beschouwd. Het strookt namelijk enerzijds eerder met de aard van het beding en de wil van rationele partijen dat de (accessoire) geheimhoudingsplicht een ontbinding van de overeenkomst overleeft. Anderzijds is de geheimhoudingsplicht in principe niet bestemd om te dienen als tegenprestatie voor een verplichting uit de contractuele basisverhouding. De duurzaamheid van de bescherming vereist integendeel dat de geheimhoudingsplicht actief blijft ongeacht het uiteindelijke lot van deze basisverhouding. De excipiens zal daarom moeilijker hard kunnen maken dat de geheimhoudingsplicht samenhangt met verbintenissen die voortvloeien uit de contractuele basisverhouding, zodat hij genoodzaakt zal zijn om andere verbintenissen op te schorten. Het bestaan van een dergelijke samenhang blijft echter mogelijk, zodat de andere toepassingsvoorwaarden van de enac moeten worden getoetst.

**576. Toepassingsvoorwaarden van de enac: vereiste van een zekere en vaste schuldvordering die eerst opeisbaar is.** Eens vastgesteld dat de geheimhoudingsplicht toch zou samenhangen met een niet-nageleefde verbintenis en dus onder het toepassingsgebied van de enac valt, moeten de toepassingsvoorwaarden van deze exceptie worden getoetst. Een eerste vereiste is dat de prestatie van de medecontractant eerst opeisbaar is of, anders gezegd, dat de excipiens zijn (zekere, maar niet noodzakelijk vaststaande) prestatie niet als eerste moest leveren<sup>2051</sup>. In beginsel moeten wederkerige overeenkomsten gelijktijdig worden uitgevoerd<sup>2052</sup>.

---

en J.-M. TRIGAUX, (57) 60, nr. 7). Dit betekent echter niet dat dit *ipso facto* het geval is aangezien de partijwil hiervan kan afwijken (B. DUBUISSON en J.-M. TRIGAUX, (57) 65, nr. 11, met de opmerking dat het openbare orde karakter van de juridische samenhang betwist is).

<sup>2050</sup> C. CAUFFMAN, “Opschortingsrechten bij niet-nakoming”, (141) 150.

<sup>2051</sup> Cf. M.E. STORME, “De exceptio non adimpleti contractus als uitlegvraag. Uitwerking van enkele aspecten in de verhouding tussen partijen, meer bepaald evenredigheid en volgorde van de prestaties en bewijslast”, *RW* 1989-90, (313) 317.

<sup>2052</sup> J. HERBOTS, “L’exception d’inexécution et la mesure à garder dans le contrat de bail” (noot onder Cass. 6 maart 1986), *RCJB* 1990, (563) 577.

Hiervan kan echter worden afgeweken door een uitdrukkelijke bepaling in de overeenkomst of door aanvulling via wet of bestaande gebruiken. De chronologie van de opeisbaarheid kan ook voortvloeien uit de aard van de betrokken prestaties. Een geheimhoudingsplicht kan bijvoorbeeld pas worden aangevat nadat de informatie werd meegedeeld, zodat het materieel onmogelijk is om het uitblijven van de informatieverstrekking te sanctioneren met een opschorting van de geheimhoudingsplicht.

Een andere vraag is of de *excipiens* de uitvoering van een reeds aangevatte geheimhoudingsplicht kan opschorten als reactie op een tekortkoming (bv. het niet verlenen van gepaste bijstand of het niet meedelen van verbeteringen) van de meester van het geheim. Dit is niet het geval. De partij die een doorlopende prestatie moet leveren (bv. de levering van gas of elektriciteit, het rustig genot van het gehuurde goed), wordt namelijk geacht de eerst uitvoerende partij te zijn<sup>2053</sup>. De *excipiens* kan zich bij dergelijke prestaties alleen op de *enac* beroepen indien de uitvoering van zijn prestatie werd opgesplitst in meerdere periodes die gepaard gaan met de opeisbaarheid van nieuwe tegenprestaties. Een reeds aangevatte fase kan bijgevolg niet worden opgeschort als reactie tegen een wanprestatie die plaatsvindt in dit tijdvak. Er is daarentegen wel een eerdere opeisbaarheid indien zijn medecontractant (nog) in gebreke is bij de afloop van één van deze fases. Deze redenering gaat echter niet op voor geheimhoudingsplichten. Zij zijn namelijk niet bestemd om te worden opgesplitst in verschillende uitvoeringsfases, maar vormen één operatie die van begin tot einde doorlopend wordt vervuld.

De hiërarchie van de opeisbaarheid beschermt de meester van het geheim niet in elke hypothese tegen de opschorting. Het is namelijk mogelijk dat de informatie wordt meegedeeld op een moment dat de meester van het geheim reeds in gebreke is ten aanzien van een andere prestatie waarmee de geheimhoudingsplicht juridisch verbonden is. De *excipiens* beschikt in deze hypothese wel over een eerst opeisbare verbintenis voordat de geheimhoudingsplicht totstandkomt. Er moet dan ook worden nagegaan of de inroeping van de *enac* kan worden afgewezen op basis van de goede trouw of de onmogelijkheid om de prestatie in natura te hervatten na afloop van de opschorting.

**577. Goede trouw en proportionaliteit in de uitoefening.** De uitoefening van de niet-uitvoeringsexceptie moet steeds te goeder trouw gebeuren. De beslissing tot opschorting van de eigen prestatie moet proportioneel zijn. Dit impliceert dat de wanprestatie van de medecontractant voldoende belangrijk moet zijn en dat de negatieve gevolgen van de opschorting in verhouding moeten staan met de gevolgen

---

<sup>2053</sup> R. CASSIN, 535; M. E. STORME, “De exceptio non adimpleti contractus als uitlegvraag. Uitwerking van enkele aspecten in de verhouding tussen partijen, meer bepaald evenredigheid en volgorde van de prestaties en bewijslast”, *RW* 1989-90, (313) 317; en B. DUBUISSON en J.-M. TRIGAUX, (57) 75. De ratio van dit vermoeden is dat de partijen nooit gelijktijdig over een weer kunnen presteren indien de ene partij gehouden is aan een doorlopende verplichting en de andere bv. slechts tot de periodieke betaling van een geldsom; men kan deze laatste immers niet doorlopend het corresponderende bedrag van de vervallen schuldvordering laten betalen (L. LAMINE, *Het retentierecht*, 80-81, nr. 120).

van de wanprestatie<sup>2054</sup>. De excipiens mag daarbij niet verder gaan dan wat strikt noodzakelijk is voor de aansporing tot uitvoering. Zoniet begaat hij zelf een onrechtmatige wanprestatie die desgevallend kan leiden tot de ontbinding van de overeenkomst in zijn nadeel. Deze proportionaliteitsvereiste maakt een succesvol beroep op de enac bij de niet-naleving (door de vermeende excipiens) van een geheimhoudingsplicht zeer onwaarschijnlijk. Gelet op de aard van de geheimhoudingsplicht riskeert elke niet-naleving verregaande gevolgen te hebben voor het geheime karakter of de commerciële waarde van de informatie. De excipiens moet in de eerste plaats uit alle beschikbare tegenprestaties een geschikte verplichting uitkiezen om op te schorten. Bij accessoire geheimhoudingsplichten zal de excipiens echter steeds de keuze hebben uit andere verplichtingen die waarschijnlijk een proportioneler drukkingsmiddel bieden dan de opschorting van de geheimhoudingsplicht. Zo is de gehele of gedeeltelijke opschorting van de betaling van de licentievergoeding een meer realistisch alternatief voor een licentienemer.

De excipiens mag evenmin zijn prestatie geheel opschorten indien een gedeeltelijke opschorting had volstaan. Men kan zijn prestatie weliswaar op materieel vlak gedeeltelijk opschorten in de zin dat men de geheimhoudingsplicht slechts ten aanzien van sommige informatie opschort en niet ten aanzien van andere informatie. De opschorting van de verbintenis om iets niet te doen ten aanzien van de uitgekozen informatie is echter geheel in de zin dat zij definitief is. Zij kan immers niet meer in natura kan worden hersteld.

**578. “Definitieve onmogelijkheid van de hervatting in natura” – criterium voor de afbakening van het toepassingsgebied van de enac?** Een laatste criterium dat naar voren wordt geschoven, is dat het beroep op deze exceptie geen definitieve schade mag aanrichten resp. de toekomstige naleving van deze prestatie niet onmogelijk mag maken<sup>2055</sup>. Deze vereiste lijkt een logisch gevolg van het uitgangspunt dat deze exceptie voornamelijk een drukkingsmiddel is dat bestemd is om de rechten van de schuldeiser te vrijwaren en de contractuele relatie tussen de

<sup>2054</sup> Cf. Cass. 6 maart 1986, *Arr. Cass.* 1985-86, 935 en *RCJB* 1990, 559, noot J.H. HERBOTS; Voorz. Rb. Brussel 2 april 1992, *JT* 1992, 459; Vred. Namen (I) 28 oktober 2005, *Echos log.* 2006, 18.

<sup>2055</sup> Cass. 24 april 1947, *RCJB* 1949, 125, noot A. DE BERSAQUES (een postcontractuele niet-concurrentieplicht is niet vatbaar voor een opschorting in het raam van de *exceptio non adimpleti contractus* en resulteert in een definitieve en onherstelbare verbreking van de overeenkomst); Gent 6 mei 2003, *NjW* 2003, 1005 (verkort), noot F. BRULOOT; Brussel 10 december 2002, *JT* 2003, 155; Gent 14 september 1999, *AJT* 2001-02, 408, noot F. CORYN; J.H. HERBOTS, “L’exception d’inexécution et la mesure à garder dans le contrat de bail”, *RCJB* 1990, (563) 589-590, nr. 25; M. E. STORME, “De exceptio non adimpleti contractus als uitlegvraag. Uitwerking van enkele aspecten in de verhouding tussen partijen, meer bepaald evenredigheid en volgorde van de prestaties en bewijslast”, *RW* 1989-90, (313) 321-322, nr. 19; B. WYLLEMAN, “Het verband van wederkerigheid tussen verbintenissen als toepassingsvoorwaarde voor de exceptio non adimpleti contractus” (noot onder Cass. 8 september 1995), *R. Cass.* 1996, (86) 87; C. CAUFFMAN, “Opschortingsrechten bij niet-nakoming” in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Remedies in het Belgisch en Nederlands contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, (141) 168; J. GERMAIN en E. PLASSCHAERT, “L’exécution des obligations contractuelles” in *Obligations. Commentaire pratique*, Brussel, Kluwer, 2.324-2.326; E. SWAENEPOEL, “Bedingen over de exceptie van niet-uitvoering” in S. STIJNS (ed.), *Contractuele clausules rond de (niet-)uitvoering en de beëindiging van contracten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, (133) 141.

partijen te redden. De uitoefening ervan moet een uitstel, maar geen afstel van de nakoming beogen<sup>2056</sup>.

Een eerste, voor kritiek vatbare, formulering van dit criterium luidt dat de opschorting *geen definitieve schade* mag aanrichten bij de medecontractant. Voortdurende verbintenissen om iets te doen of niet te doen<sup>2057</sup> zouden dan uitgesloten zijn van de enac. Zelfs een louter tijdelijke niet-nakoming heeft bij deze verbintenissen steeds definitieve gevolgen voor de rechtspositie van de partijen. De opschorting van een verbintenis om iets (niet) te doen binnen een bepaald tijdvak kan achteraf immers niet meer in natura worden ingehaald (de naleving van een niet-concurrentieplicht in het jaar 2009 is bijvoorbeeld niet gelijk aan de naleving van een niet-concurrentieplicht in het jaar 2010), terwijl alleen een uitstel toegelaten zou zijn<sup>2058</sup>. Deze stelling houdt echter geen rekening met het feit dat een opschorting steeds enige blijvende negatieve gevolgen kan hebben voor de medecontractant. Dit vloeit voort uit de aard van de enac. Een drukkingsmiddel biedt alleen de nodige aansporing indien er negatieve gevolgen aan verbonden zijn. De uiteindelijke hervatting van de uitvoering brengt de medecontractant dan ook nooit meer exact in de positie waarin hij zich zou hebben bevonden zonder de opschorting. Integendeel, de *enac* is net een verweermiddel tegen het verwijt dat de medecontractant schade zal lijden, lijdt of heeft geleden door de opschorting. De loutere vaststelling dat de opschorting van duurverbintenissen een definitieve negatieve impact hebben op de rechtspositie van de medecontractant verklaart bijgevolg niet waarom deze categorie van verbintenissen zou moeten uitgesloten worden van de opschorting aangezien dit in min of meerdere mate steeds het geval is bij een uitoefening van de enac<sup>2059</sup>.

Een andere formulering luidt dat de *toekomstige hervatting* van de opgeschorte prestatie *niet blijvend onmogelijk* mag zijn. Deze strekking stelt dat een beroep op de enac mogelijk blijft in gevallen waarbij de prestatie niet meer volledig in natura kan worden geleverd zoals zij oorspronkelijk was afgesproken<sup>2060</sup>, maar nog wel zinvol kan worden voortgezet achteraf. De hoofdfunctie van de enac blijft in deze tweede visie nog steeds het onder druk zetten van de medecontractant om te presteren en niet de beëindiging van de contractuele relatie als dusdanig, ook al leidt de opschorting tot een gedeeltelijke wijziging van de oorspronkelijk overeengekomen duurverbintenis. Het volstaat in deze visie dat de opschorting een toekomstige hervatting niet volledig

---

<sup>2056</sup> Cass. 13 mei 2004, *Arr. Cass.* 2004, 845; Cass. 7 februari 1979, *Arr. Cass.* 1978-79, 661; zie tevens Antwerpen 13 november 2006, *Huur* 2008, 42 en Bergen 16 december 1996, *JT* 1997, 239. Het beroep op de niet-uitvoeringsexceptie kan echter evolueren van een tijdelijke naar een permanente opschorting wanneer blijkt dat de medecontractant zijn eigen verbintenissen niet meer kan nakomen, bijvoorbeeld wegens insolventie (Cass. 13 september 1973, *Arr. Cass.* 1974, 36, noot; Cass. 7 november 1935, *Pas.* 1936, I, 38; Luik 30 juni 2000, *JT* 2001, 597).

<sup>2057</sup> M.b.t. de uitsluiting van verbintenissen om iets niet te doen: B. DUBUISSON en J.-M. TRIGAUX, 95-96, nr. 51.

<sup>2058</sup> Cf. Cass. 24 april 1947, *Pas.* 1947, I, 174 (de schuldenaar mag zijn niet-concurrentiebeding niet overtreden op basis van de enac).

<sup>2059</sup> Cf. R. CASSIN, 655.

<sup>2060</sup> R. CASSIN, 654; B. DUBUISSON en J.-M. TRIGAUX, 97-98, nr. 52-53 (m.b.t. voortdurende verbintenissen).

onmogelijk of zinloos maakt<sup>2061</sup>. Men kan hierbij een onderscheid maken naargelang de periode waarin de prestatie moest worden geleverd al dan niet een essentieel element was voor de partijen. Wanneer de termijn werd beschouwd als essentieel element kan men stellen dat de schuldenaar van de prestatie afstand heeft gedaan van zijn prerogatief om hem op te schorten (en dat hij bijgevolg een wanprestatie begaat indien hij weigert om tijdig te presteren). Het is immers essentieel dat de prestatie wordt geleverd zoals beloofd. Indien deze periode niet essentieel is, heeft de opschorting slechts een uitstel tot gevolg. Dit uitstel geeft de schuldeiser weliswaar niet volledig waar hij recht op heeft (hetzij wegens de opgelopen vertraging in de uitvoering van de beloofde prestatie, hetzij wegens de gedeeltelijke onmogelijkheid om de prestatie integraal te leveren), maar de hervatting van de prestatie blijft niettemin mogelijk en zinvol. De eventuele onmogelijkheid tot levering van de oorspronkelijk beloofde prestatie als dusdanig (d.i. levering van exact de beloofde materiële prestatie binnen exact het beloofde tijdvak) is in deze hypothese *niet steeds relevant voor de afbakening van het toepassingsgebied* van de enac, maar blijft steeds een element dat in aanmerking wordt genomen bij de *toetsing van de goede trouw*. De keuze voor opschorting moet namelijk proportioneel blijven met de wanprestatie van de medecontractant.

Een voorbeeld kan dit verduidelijken. Een niet-concurrentieplicht van één jaar die ingaat op de datum van de contractsluiting wordt opgeschort door de schuldenaar wegens niet-nakoming van de als tegenprestatie beloofde betaling van een geldsom. De schuldenaar blijft bijgevolg in concurrentie met zijn medecontractant zolang deze niet presteert. Het gedeelte van de niet-nageleefde termijn kan niet meer in natura worden ingehaald. Het is wel mogelijk om de aanvangsdatum van de niet-concurrentieplicht uit te stellen, althans indien de precieze periode van de uitvoering geen essentieel element was. De medecontractant behoudt dan zijn recht op niet-concurrentie gedurende één jaar, maar deze gaat later in dan oorspronkelijk overeengekomen. Het alternatief is om het reeds verstreken, niet-nagekomen gedeelte van de eenjarige termijn te compenseren met een evenredige vermindering van de tegenprestatie. Het aangehaalde cassatiearrest van 24 april 1947 is in dit opzicht bekritiseerbaar omdat het geen rekening houdt met het mogelijk niet-essentiële karakter van de uitvoeringsdatum van de niet-concurrentieplicht.

Hoe dan ook gaat deze nuancering niet op voor geheimhoudingsplichten. De miskennis van deze verplichting heeft namelijk definitieve gevolgen (minstens een groot risico daartoe), zodat het tijdvak waarin de prestatie moet worden nageleefd essentieel kan worden geacht.

Rechtvaardigt de enac de opschorting van een verbintenis waarvan de opschorting onherstelbaar is? In die hypothese is geen sprake meer van een drukkingsmiddel met

---

<sup>2061</sup> M.E. STORME, *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen: een onderzoek betreffende rechtsgrondslag, tekortkoming en rechtsverwerking bij overeenkomsten*, 283, nr. 294 (“[dat] de opschorting die de eigen prestatie weliswaar niet blijvend onmogelijk maakt, maar waarvan de laattijdigheid toch wel enige hinder veroorzaakt, in beginsel zeker geoorloofd is. [...] Zo bv. de opschorting van de levering van een zaak of voortzetting van een werk. Ook wanneer een latere levering niet nutteloos is (onherstelbaar), kunnen die zaak of dat werk de schuldeiser ervan ondertussen zeker wel van nut zijn. Het komt er op aan te stellen dat een opschorting niet te snel ‘onherstelbaar’ dient te worden geacht”).

tijdelijk karakter. De excipiens kiest hier van in het begin voor een definitieve stopzetting van de contractuele relatie. Deze keuze is alleen te rechtvaardigen indien voldaan is aan de voorwaarden van een rechtsfiguur die leidt tot een volledige en definitieve stopzetting zoals de (buiten)gerechtelijke ontbinding<sup>2062</sup> of wanneer de definitieve stopzetting van de eigen prestatie vooruitloopt op de gerechtelijke ontbinding<sup>2063</sup>.

**579. Wederkerige schorsing van de (verbintenissen die voortvloeien uit de) overeenkomst.** Een deel van de rechtsleer maakt een onderscheid tussen de opschorting van de uitvoering onder de noemer van de niet-uitvoeringsexceptie en de schorsing van de (verbintenissen die voortvloeien<sup>2064</sup> uit de) overeenkomst in het algemeen<sup>2065</sup>. Deze laatste notie heeft betrekking op de tijdelijke (gehele of gedeeltelijke) bevrozing van de uitvoeringsplicht *in hoofde van beide partijen* bij een overeenkomst met duurverbintenissen. Dit uitstel van de uitvoering tot op het moment dat zij weer mogelijk wordt, heeft tot doel om de contractuele relatie te redden<sup>2066</sup>. Deze rechtsfiguur laat toe dat duurverbintenissen<sup>2067</sup> worden opgeschort ook al kan de verstreken periode achteraf niet meer in natura worden geregulariseerd<sup>2068</sup>. De tijdelijke opschorting strekt zich daarbij niet noodzakelijk uit tot elk contractueel bestanddeel<sup>2069</sup>. Zowel principiële als accessoire verplichtingen kunnen bestemd zijn om van kracht te blijven terwijl andere verplichtingen zijn opgeschort<sup>2070</sup>. Zo leent

---

<sup>2062</sup> M. E. STORME, “De exceptio non adimpleti contractus als uitlegvraag. Uitwerking van enkele aspecten in de verhouding tussen partijen, meer bepaald evenredigheid en volgorde van de prestaties en bewijslast”, *RW* 1989-90, (313) 321-322, nr. 19; M.E. STORME, *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen: een onderzoek betreffende rechtsgrondslag, tekortkoming en rechtsverwerking bij overeenkomsten*, 283-284, nr. 295; C. CAUFFMAN, “Opschortingsrechten bij niet-nakoming”, (141) 168.

<sup>2063</sup> Cf. J. BAECK, “(Feitelijk?) Vooruitlopen op de vernietiging en de ontbinding van contracten”, *TPR* 2008, 321-374.

<sup>2064</sup> Cf. L. CORNELIS, “De schorsing van verbintenissen”, *TPR* 2008, (467) 483-484, nr. 26.

<sup>2065</sup> Zie kritisch: Ch. GARREAU, “La notion de suspension du contrat” in H. COUSY, S. STIJNS, B. TILLEMEN en A. VERBEKE (eds.), *Droit des contrats France, Belgique*, Larcier, Brussel, 2005, (55) 66, nr. 16 *et seq.*

<sup>2066</sup> J. TREILLARD, “De la suspension des contrats” in P. DURAND (ed.), *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, Parijs, Pichon & Durand-Auzias, 1960, (59) 95, nr. 27.

<sup>2067</sup> *Ibid.*, 59, nr. 1.

<sup>2068</sup> Klassiek wordt gesteld dat de overeengekomen termijnen niet vatbaar zijn voor verlenging. Het antwoord op de vraag of de periode van de opschorting moet worden aangerekend op de desgevallend overeengekomen duur (hypothese waarin de overeengekomen duur een vervaltermijn is) dan wel of deze duur wordt verlengd met de verstreken tijd (hypothese waarin de overeengekomen duur indicatief of minstens geen essentieel element is) hangt echter af van de partijwil. Zie hierover tevens: A. ETIENNEY, *La durée de la prestation: essai sur le temps dans l'obligation in bibliothèque de droit privé*, 343.

<sup>2069</sup> Cass. 2 mei 1983, *Arr.Cass.* 1982-83, 1075. Zie reeds J. TREILLARD, (59) 86, nr. 23. Er kunnen ook nieuwe verplichtingen ontstaan, zoals een bewaringsplicht. Zie ook P. WERY, *Droit des obligations, I, Théorie générale du contrat*, 2010, 800; X. THUNIS, “La suspension du contrat” in P. WERY (ed.), *La fin du contrat*, Luik, CUP, 2001, (43) 73.

<sup>2070</sup> In beginsel is het echter de contractuele basisverhouding die wordt geschorst, terwijl de accessoire verbintenissen actief blijven. Zo zullen bij de schorsing van de arbeidsovereenkomst de verplichting om arbeidsprestaties te leveren door de werknemer en de corresponderende verplichtingen van de werkgever om arbeid te verschaffen en loon uit te betalen worden bevroren, terwijl de geheimhoudingsplicht en de niet-concurrentieplicht van de werknemer bijvoorbeeld ongewijzigd blijven doorlopen. Zie uitgebreid over de schorsing van arbeidsovereenkomsten en de splitsbaarheid van accessoire verplichtingen: M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, II Luik, s.u., 1986, 169-181.

een *geheimhoudingsplicht* zich niet tot een tijdelijke opschorting<sup>2071</sup>. Een beslissing tot tijdelijke niet-uitvoering mag immers ook in deze context niet leiden tot een definitieve toekomstige onmogelijkheid om de uitvoering te hervatten<sup>2072</sup>, tenzij deze rechtshandeling tevens voldoet aan de voorwaarden van een rechtsfiguur die een volledige, definitieve en buitengerechtelijke stopzetting toelaat.

Zo doet de opschorting van de arbeidsprestaties tijdens een staking niets af aan de verplichting van de werknemers om het zakengeheim van de werkgever te respecteren. De werkgever kan daarom maatregelen in kort geding vorderen wanneer de werknemers op punt staan om een opendeurdag in het bedrijf te organiseren die derden toegang zou bieden tot vertrouwelijke informatie van de werkgever<sup>2073</sup>. Ook andere redenen van opschorting leiden niet tot de opschortingen van de discretieplicht of bijvoorbeeld de verplichting om de werkgever niet te beconcurreren<sup>2074</sup>.

**580. Besluit: geheimhoudingsplichten zijn niet geschikt voor opschorting.** De opschorting van een geheimhoudingsplicht blijkt zeer problematisch, wat niet uitsluit dat een contractuele relatie als dusdanig (zonder accessoire geheimhoudingsplicht) vatbaar kan zijn voor de enac of een wederkerige opschorting. Ten eerste impliceert de aard van de geheimhoudingsplicht een continue uitvoering, terwijl de opschorting net minstens één van de partijen tijdelijk vrijstelt van de nakoming van zijn verplichtingen. Ten tweede riskeert een opschorting van de geheimhoudingsplicht de toekomstige hervatting van deze prestatie volstrekt onmogelijk te maken. Dit is moeilijk verenigbaar met de proportionaliteitsvereiste van de enac en is alleszins niet verenigbaar met de doelstelling van deze exceptie om een tijdelijk drukkingsmiddel te zijn. De wederkerige schorsing biedt daarentegen wel ruimte voor een definitieve, gedeeltelijke niet-uitvoering van de duurverbintenis, maar ook hier moet de mogelijkheid van een toekomstige hervatting open blijven.

**581. Contractualisering van de enac of de wederkerige schorsing van de overeenkomst.** De gemeenrechtelijke regels van de niet-uitvoeringsexceptie en andere vormen van schorsing zijn noch van openbare orde, noch van dwingend recht<sup>2075</sup>. De partijen kunnen de toepassingsvoorwaarden van de exceptie uitwerken of zelfs afstand doen van de mogelijkheid om zich er op te beroepen<sup>2076</sup>. De afspraken

---

<sup>2071</sup> Cf. I. PETEL, 708, nr. 668 *et seq.* en in het bijzonder 717, nr. 677; R. MARIE, “Fasc. 28-10: Suspension du contrat. – Régime de droit commun”, *JurisClasseur Travail Traité*, 1 september 2008, nrs. 113-115.

<sup>2072</sup> J.F. ARTZ, “La suspension du contrat à exécution successive”, *D* 1979, chronique, (95) 100-102, nrs. 15-17.

<sup>2073</sup> Voorz. Arbrb. Luik 11 juni 1982, *JL* 1986, 595; Voorz. Rb. Luik 18 januari 1984, *JL* 1986, 598. Zie hieromtrent J. GHESTIN, C. JAMIN en M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, 481, nr. 424.

<sup>2074</sup> Voorz. Arbrb. Charleroi 23 januari 1987, *JTT* 1987, 251, noot.

<sup>2075</sup> Specifieke wetgeving kan uiteraard een dwingende regeling voorzien: art. 74, 9° WMPC (cf. oud art. 32, 8. WHPC en punt 1, b) van de bijlage bij de Wet Oneerlijke Bedingen inzake de Vrije Beroepen).

<sup>2076</sup> Antwerpen 13 november 2006, *Huur* 2008, 42 (een in één richting werkende afstand van het recht op het inroepen van de exceptie van niet-nakoming is mogelijk, maar dient duidelijk en ondubbelzinnig te worden gestipuleerd); Rb. Brugge 19 juni 1998, *AJT* 1999-2000, 249, noot P. DE SMEDT; Vred. Torhout 3 oktober 1995, *Huur* 1998-99, 41; A. VAN OEVELEN, “Schorsing van verbintenissen en overeenkomsten krachtens de exceptie van niet-uitvoering en het retentierecht” in *Schorsing van verbintenissen en overeenkomsten*, Brugge, die Keure, 2010, (17) 35, nr. 16 *et seq.*; J.H. HERBOTS,



over de autonome werking van de geheimhoudingsplicht kunnen dan ook uitdrukkelijk bepalen dat deze verplichting niet vatbaar is voor opschorting in haar uitvoering.

De partijen kunnen tevens voorzien in een regeling die de contractuele basisverhouding tijdelijk opschort in geval van geschil. Hierbij dient nauwgezet te worden aangegeven welke gebeurtenissen aanleiding geven tot de opschorting en welke contractuele bestanddelen actief blijven ondanks deze opschorting.

**Voorbeeld:** “Toutefois, les parties pourront sans délai suspendre toute collaboration, objet du présent contrat dans les cas suivants:

[...]

-En cas d'utilisation d'informations mentionnées à l'article 7 [d.i. het geheimhoudingsbeding<sup>2077</sup>] sans autorisation préalable par l'une ou l'autre des parties

[...]

Chacune des parties s'engage prévenir l'autre de la suspension du contrat, et ce sans délai. Les parties s'engagent à mettre fin à la clause de suspension du contrat dans un délai maximum de 15 jours, sauf meilleur accord entre les parties.”<sup>2078</sup>

Een bezwaar tegen deze voorbeeldclausule is dat zij nog enige onduidelijkheid laat over de vraag of het geheimhoudingsbeding buiten het toepassingsgebied van de wederkerige schorsing valt. Een bevestigend tekstargument is dat de eerste zinsnede het heeft over de schorsing van *toute collaboration*. Deze woordkeuze doelt ondubbelzinnig op een mogelijkheid tot schorsing van de contractuele basisverhouding. Deze interpretatie wordt gesteund door de formulering van het geheimhoudingsbeding opgenomen in artikel 7 van de overeenkomst. Dit beding voorziet in een geheimhoudingsplicht ten aanzien van de informatie die voortvloeit uit de samenwerking (resp. de informatie *provenant de cette collaboration* en de informatie waarvan kennis wordt genomen *dans le cadre de cet accord*). Hieruit valt

---

“L'exception d'inexécution et la mesure à garder dans le contrat de bail”, *RCJB* 1990, (563) 571-572, nr. 10; L. LAMINE, *Het retentierecht in Recht en Praktijk*, Antwerpen, Kluwer, 1993, 168-169, nr. 251-252; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEEKERS, 132; P. WERY, “L'exception d'inexécution dans la jurisprudence de la Cour de cassation” (noot onder Cass. 21 november 2003), *TBBR* 2006, (40) 41, nr. 3; E. SWAENEPOEL, “Bedingen over de exceptie van niet-uitvoering” in S. STIJS (ed.), *Contractuele clausules rond de (niet-)uitvoering en de beëindiging van contracten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, (133) 141; L. CORNELIS, “De schorsing van verbintenissen”, *TPR* 2008, (467) 490, nr. 36 en 499, nr. 49. Zie tevens P.-H. DELVAUX, “Les clauses résolutoires expresses et les clauses aménageant l'exception d'inexécution” in *La rédaction des conditions générales contractuelles*, Gent, Story-Scientia, 1984, (87) 109; P. VAN OMMESLAGHE, “La sanction de l'inexécution du contrat” (191) 222, nr. 26; R. KRUTHOF, “Contractuele aansprakelijkheidsregelingen”, *TPR* 1984, (233) 234-235, nr. 3 (wat het principe van de contractualisering van de niet-uitvoeringsexceptie betreft). Zie tevens voor Frankrijk: R. CASSIN, 482; Nederland: C. A. STREEFKERK, *Opschortingsrechten in Monografieën nieuw BW*, Deventer, Kluwer, 2006, 5-6.

<sup>2077</sup> “Article 7: Confidentialité: RUNAWORLD s'engage à ne pas divulguer ni utiliser à son profit ou à celui d'un tiers, des informations commerciales *provenant de cette collaboration*, sans accord préalable. RUNAWORLD est tenu à l'égard de la Société, pendant toute la durée du présent contrat et après sa cessation, d'une obligation de secret professionnel. Il doit garder une totale discrétion en ce qui concerne les renseignements de tous ordres, et notamment les renseignements techniques, financiers, marketing et commerciaux qu'il viendrait à connaître *dans le cadre de cet accord*” (eigen cursivering).

<sup>2078</sup> <http://www.runaworld.com/newsite/contrat-collaboration.pdf>.

redelijkerwijze af te leiden dat de geheimhoudingsplicht in de visie van de partijen van toepassing is op de samenwerking zonder dat deze geheimhoudingsplicht er deel van uitmaakt. De clausule vervolgt echter dat de partijen elkaar op de hoogte moeten brengen van de schorsing van “de overeenkomst”. Deze woordkeuze is ruim genoeg om ook het geheimhoudingsbeding te omvatten. Hierbij kan worden herinnerd aan de vaststelling dat de partijen de notie “overeenkomst” vaak hanteren in de betekenis van “contractuele basisverhouding” (*supra* randnr. 390), zodat de interpretatie dat het geheimhoudingsbeding buiten het toepassingsgebied valt verenigbaar blijft met de bewoordingen van de akte mits de nodige motivering door de rechter.

## 6. Richtlijnen bij het bedingen van (on)splitsbaarheid

**582.** Het is af te raden om de omstandigheden waarin het beding splitsbaar is exhaustief op te sommen in de overeenkomst, tenzij men de splitsbaarheid daadwerkelijk wenst te beperken tot die beëindigingswijzen. Zoniet is het veiliger om te stipuleren dat de splitsbaarheid voor elke type van beëindiging geldt of om minstens aan te geven dat de opsomming niet-exhaustief is. Dit vermijdt het gevaar dat de opsomming een aantal beëindigingswijzen over het hoofd ziet. Het verdient alleszins de voorkeur om -al dan niet op exhaustieve wijze- duidelijk aan te geven welke bedingen splitsbaar worden geacht. Dit vermijdt de onvoorspelbare resultaten die gepaard gaan met een rechterlijke tussenkomst.

Daarnaast kan het nuttig zijn om afspraken te maken over de opvulling van eventuele lacunes waarmee de overeenkomst te kampen krijgt nadat de relevante (ongeldige, opgezegde, vervallen, uitgedoofde, etc.) contractuele elementen zijn verdwenen. Hierbij kan worden voorzien in een heronderhandelingsclausule of een mogelijkheid tot partij- of derdenbeslissing. Dit aspect van de salvatorische clausule is nuttig om te vermijden dat de contractuele basisverhouding onuitvoerbaar wordt door de afwezigheid van de verdwenen bestanddelen. Deze bijkomende afspraken zijn niet essentieel voor de werking van de geheimhoudingsplicht. Deze geheimhoudingsplicht opereert namelijk reeds *ab initio* volledig geïsoleerd van de contractuele basisverhouding en kan dat ook blijven doen na de verdwijning van de rest van de overeenkomst. Het stipuleren van een ADR beding dat (ook) van toepassing is op betwistingen die voortvloeien uit het geheimhoudingsbeding blijft wel aan te raden, weliswaar voor de opvulling van lacunes, maar omdat de buitengerechtelijke afhandeling van geschillen de duurzaamheid van de bescherming ten goede komt

## 7. Besluit

**583.** Een beëindigingsgrond hoeft niet *ipso facto* uitwerking te hebben op alle elementen van een overeenkomst. De impact ervan kan bestanddeel per bestanddeel of verbintenis per verbintenis worden nagegaan. Deze splitsbaarheid biedt een nuttig en zelfs noodzakelijk instrument om de effectiviteit van geheimhoudingsafspraken te garanderen. Zij voorkomt namelijk dat de verdwijning van andere contractuele bestanddelen of een betwisting daarover doorwerkt naar de geheimhoudingsplicht. De grondslag van deze autonome werking is in eerste plaats de wil van de partijen,

desgevallend geïnterpreteerd aan de hand van objectieve elementen zoals de economie van de overeenkomst. Het toepassingsgebied van de splitsbaarheid strekt zich uit tot elke opschortings- of beëindigingsgrond: het kan zowel gaan om een nietigheid, ontbinding, opzegging, opschorting, uitdoving of verval. Bovendien blijft de mogelijkheid tot splitsing daarbij niet beperkt tot accessoire geheimhoudingsplichten. Ook geheimhoudingsovereenkomsten komen in aanmerking.

Het regime van de splitsbaarheid kampt weliswaar met het probleem dat een partij die haar geheimhoudingsplicht niet meer wenst na te komen, de meester van het geheim steeds voor voldongen feiten kan stellen door de informatie op onrechtmatige wijze te verspreiden. Dit kan de uitvoering in natura onmogelijk maken. De effectiviteit van de geheimhoudingsplicht steunt dan ook in hoge mate op de bereidwillige medewerking van de geheimplichtige. Hij dient de meester van het geheim een kans te bieden om zijn belangen te vrijwaren, ook al betwist men zijn aanspraken. Dit vereist bijvoorbeeld dat de geheimplichtige geen daden met onherroepelijke gevolgen stelt vooraleer de meester van het geheim de kans heeft om minstens dringende en voorlopige maatregelen te vorderen.

## VI. ALGEMEEN BESLUIT

### **584. Definitie van de geheimhoudingsovereenkomst.**

Geheimhoudingsovereenkomsten zijn overeenkomsten waarbij één contractspartij, de informatieverstrekker, hetzij een recht om informatie te verstrekken bedingt hetzij zich tot deze informatieverstrekking verbindt ten aanzien van een andere contractspartij, de informatieverkrijger. Deze laatste verbindt zich ertoe om de informatie die het voorwerp uitmaakt van de geheimhoudingsplicht niet te verspreiden en/of niet te gebruiken voor andere dan de toegestane doeleinden. Een onderzoek naar de effectiviteit van dergelijke overeenkomsten vereist een analyse van de pijnpunten die rijzen op het vlak van de totstandkoming, de hoedanigheid van de partijen, het voorwerp en de duurzaamheid ervan.

**585. Totstandkoming van de geheimhoudingsplicht.** Een eerste aandachtspunt is de totstandkoming van de contractuele geheimhoudingsplicht. Deze verbintenis kan impliciet voortvloeien uit een contractuele relatie. Zo leiden de rechtspraak en de rechtsleer een impliciete discretieplicht af uit de artt. 1134 en / of 1135 BW in hoofde van de bankier en de vennootschapsbestuurder. In andere gevallen is de meester van het geheim echter niet volstrekt zeker dat zijn contractspartner impliciet gehouden is tot geheimhouding. Een uitdrukkelijke geheimhoudingsplicht minimaliseert deze rechtsonzekerheid. Ondernemingen doen vaak beroep op gestandaardiseerde vormen van contractsluiting voor de bescherming van hun geheime informatie (randnr. 11). Zij treden hierbij niet persoonlijk in onderhandeling en soms zelfs niet eens rechtstreeks in contact met de beoogde geheimplichtige. In plaats daarvan maken zij gebruik van gestandaardiseerde, “onpersoonlijke” technieken zoals e-maildisclaimers, *eula's* (zgn. *end user license agreements*), borden of stempels. Het beginsel van de contractsvrijheid belet een partij echter, hoe sterk haar onderhandelingspositie ook is, om eenzijdig contractuele verplichtingen te scheppen in hoofde van een tegenpartij (randnr. 20). Technieken zoals e-maildisclaimers, *eula's*, borden of stempels binden de bestemming ervan pas indien hun contractuele ambities duidelijk zijn en mits diens aanvaarding. In de praktijk blijkt vaak niet voldaan te zijn aan deze vereisten. De contractuele strekking van e-maildisclaimers, borden en stempels wordt zelden helder gecommuniceerd (randnr. 39). Zo is het moeilijk om een contractuele doelstelling af te leiden uit de eenzijdige vermelding dat een e-mail vertrouwelijk is, uit de loutere plaatsing van een bordje “verboden toegang” bij een locatie met vertrouwelijke informatie of de bestempeling van een document met de boodschap “vertrouwelijk”. De onderneming die toch wenst te speculeren op de contractuele strekking van haar gestandaardiseerde technieken moet aantonen dat sprake is van een aanbod. Een aanbod is de definitieve wilsuiting van een persoon, de aanbieder genoemd, die alle noodzakelijke elementen voor de contractsluiting bevat en waarvan het de bedoeling is dat de loutere aanvaarding door de bestemming tijdens de geldingsduur van het aanbod resulteert in de overeenkomst. De bestemming moet bovendien redelijkerwijze kennis kunnen nemen van het aanbod (randnr. 49). Dit vereist dat de kennisname plaatsvindt vóór de handeling of het nalaten waaruit de vermeende aanvaarding zou worden afgeleid. Een aanbod waar men nog geen kennis van kon nemen, kan men immers onmogelijk al aanvaard hebben. Het vereiste

redelijke karakter van de mogelijkheid tot kennisname stelt bovendien bijzondere eisen aan de consulteerbaarheid, zichtbaarheid en verstaanbaarheid van het aanbod (randnr. 53). De bestemming wordt wel geacht om daadwerkelijk kennis te hebben genomen van een aanbod waarvan hij redelijkerwijze kennis kon nemen. Beide betrokkenen dragen bijgevolg enige verantwoordelijkheid voor de succesvolle communicatie van het aanbod.

De bewijslast van de aanvaarding berust bij de persoon die zich erop beroept. Dit is in beginsel de aanbieder en *in casu* dus de meester van het geheim. Het bewijs van de precieze omstandigheden van de aanvaarding is slechts relevant in de mate dat deze betwist worden. De meester van het geheim hoeft bijvoorbeeld niet reeds ten tijde van de contractsluiting op de hoogte te zijn van de precieze identiteit van de beoogde geheimplichtige. Precieze identificatie van de medecontractant is pas vereist indien daartoe een concrete nood ontstaat, bijvoorbeeld in het raam van een geding waarbij een partij beweert nooit te hebben gecontracteerd met de meester van het geheim (randnr. 64). Daarnaast kan het precieze tijdstip van de contractsluiting van belang zijn om het startpunt van de geheimhoudingsplicht te bepalen.

De regel dat de overeenkomst pas tot stand komt op het ogenblik dat de aanvaarding de aanbieder bereikt is niet meer dan een gemeenrechtelijk uitgangspunt. De aanbieder mag zelf voorwaarden stellen aan de wijze waarop zijn aanbod moet worden aanvaard. Hij kan bijvoorbeeld afstand doen van de kennisgevingsvereiste (randnr. 67). Deze afstand gebeurt doorgaans, minstens impliciet, bij de gestandaardiseerde technieken van contractsluiting. Zo ontvangt de gebruiker van een disclaimer, *eula*, bord of stempel in beginsel geen kennisgeving van de aanvaarding. Deze technieken zijn er integendeel op gericht om de aanvaarding af te leiden uit een gedraging van de bestemming (bv. de betreding van het terrein of de lezing van het document) in plaats van een uitdrukkelijke rechtshandeling tot kennisgeving van deze aanvaarding (zelfs de aanvaarding van een *clickwrap eula* wordt in beginsel niet gecommuniceerd aan de aanbieder).

De aanvaarding kan uitdrukkelijk of stilzwijgend gebeuren (randnr. 68). De aanbieder beschikt echter niet over het prerogatief om de houding van de bestemming van het aanbod eenzijdig te interpreteren (randnr. 76). De eenzijdige mededeling dat de aanbieder bijvoorbeeld een stilzwijgen zal opvatten als aanvaarding is niet bindend voor deze bestemming. Dit gaat verder dan het opleggen van voorwaarden over de manier waarop wordt aanvaard. Een louter redelijke mogelijkheid tot kennisname volstaat dan ook niet als bewijs van een aanvaarding (randnr. 74). Het is slechts de eerste stap om een reële aanvaarding mogelijk te maken. Een stilzwijgen krijgt pas de betekenis van een aanvaarding indien het gepaard gaat met omstandigheden die daar ondubbelzinnig op wijzen (randnr. 75). De bestemming kan bijvoorbeeld op basis van de wet of het gebruik gehouden zijn tot een verplichting om te protesteren tegen aanspraken waarmee hij niet wenst in te stemmen. De aanvaarding kan ook blijken uit de spontane uitvoering van de overeenkomst en de opeising van het contractvoordeel (uiteraard slechts voor zover de bestemming van het aanbod op de hoogte is of redelijkerwijze moet zijn van de contractuele ambities van de aanbieder).

De rechtsgevolgen van de gestandaardiseerde technieken zoals disclaimers, *eula's*, borden en stempels situeren zich, gelet op de problemen die zich stellen op het vlak van het aanbod en de aanvaarding, eerder op het buitencontractuele vlak. Hun signaalfunctie vergemakkelijkt het bewijs dat de bestemming van de mededeling (dat de informatie vertrouwelijk is) kennis heeft of behoort te hebben van het vertrouwelijke karakter. Dit is relevant voor het bewijs van een buitencontractuele fout in hoofde van deze laatste.

Er rijzen ook enkele bijzondere vragen over de totstandkoming van contractuele geheimhoudingsplichten. Zo krijgen geheimhoudingsbedingen vaak het verwijt dat zij loutere stijlclausules zijn (randnr. 82). Er is sprake van een stijlclausule wanneer een beding dat de partijen niet gewenst hebben voorkomt in het *instrumentum* van de overeenkomst of indien de inhoud van het beding niet strookt met de realiteit. De kwalificatie van een geheimhoudingsafspraken als stijlclausule doet in beginsel geen enkele afbreuk aan de bindende kracht van dit beding. Deze kwalificatie is bovendien zelden terecht voor geheimhoudingsbedingen omdat partijen deze doorgaans wetens en willens in hun overeenkomst opnemen. De precieze effectiviteit van deze bedingen is weliswaar vaak twijfelachtig gelet op de bewijsproblemen die gepaard gaan met de vaststelling van een inbreuk op de geheimhoudingsplicht en de daaruit voortvloeiende schade, maar dit doet niets af aan de bindende kracht ervan. Daarnaast kunnen discrepanties optreden tussen geschreven en gedrukte bedingen en tussen bijzondere en algemene voorwaarden (randnr. 86). Dat risico neemt toe wanneer de onderneming voor de sluiting van haar geheimhoudingsovereenkomsten gebruik maakt van gestandaardiseerde, voorgedrukte formulieren met invulruimtes of te verbijzonderen keuzemogelijkheden. Die techniek laat de aangestelde van de onderneming toe om de gestandaardiseerde tekst zoveel mogelijk af te stemmen op de concrete situatie waarvoor de geheimhoudingsplicht wordt bedongen. De rechter moet bij discrepanties niet *ipso facto* voorrang verlenen aan een van beide types afspraken. Het gaat om een tegenstrijdigheid in de uitgedrukte wil van de partijen. De rechter moet bijgevolg de reële wil van de partijen achterhalen op basis van de gemeenrechtelijke interpretatieregels. De rechtspraak blijkt daarbij *de facto* wel de regel te hanteren dat de geschreven bedingen in beginsel voorrang hebben op de gedrukte en dat de bijzondere voorwaarden in beginsel voorrang hebben op de algemene.

Een ander probleem is de notie van het interne of externe voorbehoud bij de wilsuiking (randnr. 85). Een voorbehoud brengt een afwijking aan op de wilsuiking van de andere betrokkene. Een voorbehoud heeft slechts rechtsgevolgen indien het wordt veruitwendigd. Indien het daadwerkelijk wordt veruitwendigd, kan dit problematisch zijn voor de contractsluiting. Dit kan namelijk leiden tot een zogenaamde *battle of forms* waarbij per hypothese weliswaar vaststaat dat de partijen wilsovereenstemming hebben bereikt over alle essentiële of substantiële elementen, maar waarbij de wil van de partijen uiteenloopt over de bijkomstige afspraken (randnr. 86). Deze problematiek komt voor in alle bestudeerde rechtssystemen en ook de potentiële oplossingen voor dit probleem zijn gelijklopend. Enkele rechtssystemen

hebben wel een specifieke wettelijke regeling die een welbepaalde oplossing als uitgangspunt neemt.

**586. Partijen bij de geheimhoudingsplicht.** De hoedanigheid van de partijen bij de geheimhoudingsplicht is een volgend aandachtspunt. Een eerste probleem is dat personen kunnen trachten om zich te verschuilen achter derden om geheimhoudings- of niet-concurrentieplichten te omzeilen (randnr. 92). Vaak gaat het om een natuurlijke persoon die verplicht is tot geheimhouding of niet-concurrentie, maar gebruik maakt van een rechtspersoon die er niet rechtstreeks door gebonden is om de verboden gedragingen toch te stellen. Ook andere configuraties zijn denkbaar, zoals het geval waarbij een natuurlijke persoon die niet verplicht is tot geheimhouding - maar wel op de hoogte is van de informatie - een rechtspersoon verlaat die wel gebonden is. De vereenzelviging van de gebonden met de ongebonden persoon en de rechtsfiguur van derde-medeplichtigheid aan contractbreuk laten toe om dergelijke misbruiken te remediëren.

Een tweede probleem is het risico op omzeiling van de geheimhoudingsplicht door een overdracht van (bepaalde aspecten van) de contractuele relatie. De risico's van een gemeenrechtelijke overdracht onder *bijzondere titel* zijn echter beperkt (randnr. 102). Een geheimplichtige kan niet eenzijdig uit de contractuele relatie stappen of op ongecontroleerde wijze de kring van personen die op de hoogte zijn van de informatie verruimen. De bevrijdende overdracht van een schuld vereist namelijk de instemming van de schuldeiser. De geheimplichtige kan weliswaar de kring van personen die op de hoogte zijn uitbreiden door de inschakeling van uitvoeringsagenten. Deze mogelijkheid is echter beperkt door de doelstelling van de overeenkomst en het verbod op rechtsmisbruik. Bovendien blijft de geheimplichtige instaan voor het gedrag van deze personen. Een beroep op uitvoeringsagenten bevrijdt hem namelijk niet van zijn geheimhoudingsplicht. De geheimplichtige kan zijn geheimhoudingsplicht evenmin omzeilen door zijn recht op kennisname van de informatie over te dragen op een derde (wat het gebruik van uitvoeringsagenten echter nog niet uitsluit). Deze operatie stuit op het (relatief sterke) *intuitu personae* karakter van deze schuldvordering in hoofde van de geheimplichtige. Er is overigens niet altijd sprake van een schuldvordering tot informatieverstrekking. Het kan in sommige gevallen slechts gaan om een vrijblijvend, potestatief recht in hoofde van de meester van het geheim om al dan niet geheime informatie te verstrekken (bv. bij onderhandelingen).

Een overdracht onder *algemene titel* laat wel een verruiming toe van de kring van personen die kennis hebben, tenzij de contractuele relatie een *intuitu personae* karakter heeft (randnr. 105). Bij de fusie of splitsing van vennootschappen of de inbreng van een algemeenheid of bedrijfstak gaan weliswaar, behoudens andersluidend beding, zelfs dergelijke contracten over. Overeenkomsten met een *intuitu personae* karakter zijn overeenkomsten die niet (of minstens niet alleen) worden aangegaan voor de pecuniaire voordelen, maar bovenal (of minstens ook) wegens de specifieke hoedanigheid van de medecontractant (randnr. 107). Het *intuitu personae* karakter is geen absoluut gegeven, maar bevindt zich op een glijdende

schaal (randnr. 109). Er zijn gradaties mogelijk in de *omvang* van het persoonsgebonden karakter. Het *intuitu personae* karakter viseert niet zozeer de overeenkomst op zich, maar wel één of meerdere (desnoods alle) verbintenissen of andere bestanddelen die daartoe behoren. Het *intuitu personae* karakter kan bovendien bilateraal of unilateraal zijn, dit wil zeggen persoonsgebonden zijn in hoofde van elke partij of slechts ten aanzien van één van de partijen. Er zijn ook gradaties mogelijk in de *intensiteit* van het persoonsgebonden karakter. Bij de meest intense *intuitu personae* verbintenissen is de materiële betrokkenheid van de medecontractant bij de uitvoering in elk aspect van de verbintenis onmisbaar voor een correcte naleving van de overeenkomst. Bij minder intens (of niet-)persoonsgebonden verbintenissen is de nood aan betrokkenheid bij de materiële uitvoering minder sterk (tot volledig afwezig). De persoon van de medecontractant kan ook de doorslag hebben gegeven als garantie voor de goede uitvoering van de prestatie (bv. wegens de specifieke solvabiliteit of reputatie van de schuldenaar of het feit dat deze geen concurrerende activiteiten uitoefent). Het *intuitu personae* karakter beperkt zich hier geheel of gedeeltelijk tot het feit dat de uitgekozen medecontractant op juridisch vlak de enige contractspartij is en dat zal blijven. Het is hem dan bijvoorbeeld wel (in min of meerdere mate) toegestaan om derden in te schakelen voor de materiële uitvoering van de prestatie of voor de inontvangstneming van de betaling.

Het doel van de geheimhoudingsovereenkomst is het meedelen van vertrouwelijke informatie en het toekennen van een tijdelijk gebruiksrecht daarop aan één of meerdere weloverwogen medecontractanten - en aan niemand anders. De bereidheid van de informatieverstrekker om dit te doen is gelet op de moeilijkheden inzake de opsporing, het bewijs en de remediëring van inbreuken op geheimhoudingsplichten niet noodzakelijk transponeerbaar naar derden, zelfs niet indien de overdracht gekoppeld zou blijven aan een geheimhoudingsplicht. De geheimhoudingsovereenkomst bevat bijgevolg een onmiskenbaar *intuitu personae* aspect ten aanzien van de identiteit van de informatieontvanger in de zin dat niet om het even wie bestemd is om kennis te krijgen van de informatie (randnr. 118). Dit betekent echter niet dat de geheimhoudingsplicht strikt *intuitu personae* geldt. De maximale bescherming van het geheim kan integendeel vereisen dat de geheimhoudingsplicht overdraagbaar is naar rechtsopvolgers (randnr. 125).

De informatieontvanger contracteert in de eerste plaats omwille van het recht op kennisname en gebruik van de informatie en niet omwille van de identiteit van de informatieverstrekker (randnr. 132). De wijziging van de identiteit van de meester van het geheim verandert niets aan die prestatie. Als uitgangspunt kan dan ook worden gesteld dat het recht op kennisname van de informatie *niet*, maar het meesterschap over het geheim *wel* vatbaar is voor overdracht. *Intuitu personae* overwegingen kunnen uitzonderlijk ook voor de geheimplichtige de doorslag geven voor de contractsluiting. Een positieve overweging kan bestaan in het bijzondere vertrouwen dat men stelt in de capaciteit van de informatieverstrekker om het vertrouwelijke karakter van de informatie zelf te bewaren. Een negatieve overweging is dat het meesterschap van het geheim uit handen moet blijven van de concurrentie.



Hoger kwamen de aspecten van de overdracht onder bijzondere of algemene titel en de invloed die een *intuitu personae* karakter daarop heeft aan bod. Nu kan worden ingegaan op de mechanismen die het toch mogelijk maken om derden te betrekken bij de (uitvoering van de) geheimhoudingsafspraken. Er zijn drie technieken om personen te betrekken bij de geheimhoudingsafspraken: de uitbesteding, de toevoeging en de vervanging. Er is sprake van *uitbesteding* (randnr. 136) wanneer de geheimplichtige (resp. de meester van het geheim) derden inschakelt als uitvoeringsagent bij de naleving van de geheimhoudingsplicht of de bij opeising van het contractvoordeel. Deze uitzondering op het verbod om de informatie te verspreiden is doorgaans impliciet aanwezig. Een beroep op uitvoeringsagenten is in de praktijk namelijk vaak onmisbaar voor de realisatie van het contractvoordeel (bv. de implementatie van de vertrouwelijke productietechniek). Dit geldt *a fortiori* indien de informatieverkrijger een rechtspersoon is aangezien deze steeds afhankelijk is van natuurlijke personen voor het stellen van materiële handelingen. De vrees dat een gebrek aan uitdrukkelijke regeling tot gevolg heeft dat de informatie geblokkeerd raakt bij bijvoorbeeld een holdingmaatschappij - en dus niet zou mogen worden doorgegeven aan bv. de dochtermaatschappij die de productietechniek zou moeten implementeren - blijkt onterecht. Het is daardoor ook in het belang van de meester van het geheim om vooraf een regeling uit te werken over de toegestane verstrekking van informatie aan derden. Dit vermijdt namelijk dat de geheimplichtige al te veel bewegingsvrijheid krijgt om te beslissen hoe en aan wie hij de informatie doorgeeft in het raam van de uitvoering van zijn verplichtingen of de opeising van zijn rechten die uit de geheimhoudingsovereenkomst voortvloeien. In het verlengde daarvan kunnen afspraken worden gemaakt over de geheimhoudingsplicht waaraan de ingeschakelde derden op hun beurt moeten voldoen opdat zij in aanmerking mogen komen als secundaire informatieverkrijgers.

De *toevoeging* van een partij aan de geheimhoudingsovereenkomst (randnr. 144) kan stuiten op wettelijke beperkingen ter bescherming van vermeend zwakkere partijen in het recht. Zo staat het de partijen niet vrij om geheimhoudingsafspraken uit te werken met werknemers die nadeliger zijn voor deze laatsten dan de bepalingen van de Arbeidsovereenkomstenwet. Deze beperkingen kunnen naargelang de omstandigheden zelfs de contractsvrijheid tussen de werknemer en een derde als meester van het geheim beïnvloeden. Een ander pijnpunt bij de toevoeging van partijen bij de geheimhoudingsovereenkomst is het geval waar één of meerdere zijden van de contractuele relatie bestaat uit (één of meer leden van) een groep van rechtspersonen. Het loutere lidmaatschap van een groep impliceert niet dat de rechtstreekse medecontractant ook verbintenissen mag aangaan resp. rechten kan verkrijgen in hoofde van de andere leden. Dit is zelfs niet *ipso facto* het geval indien de rechtstreekse medecontractant aan het hoofd staat van de groep. Vervolgens is vast te stellen dat een sterkmaking geen volwaardig alternatief is voor de rechtstreekse toetreding als contractspartij. De persoon wiens gedraging wordt sterkgemaakt is namelijk zelf tot niets verplicht ten aanzien van de derde in wiens voordeel de sterkmaking is bedongen. De sterkmaker is, indien zijn sterkmaking faalt, op zijn beurt in beginsel slechts verplicht tot schadevergoeding en niet gehouden tot de beloofde rechtshandeling als dusdanig. Hij maakt zich bovendien in beginsel niet

sterk voor de correcte uitvoering van het beloofde, maar slechts voor de aanvaarding daarvan door de persoon voor wie hij zich sterkmaakt. Onzekerheid over het precieze aantal of de precieze identiteit van de bij de geheimhoudingsovereenkomst te betrekken partijen wordt ten slotte opgevangen door het stipuleren van toetredings- en overdrachtsclausules.

Met deze laatste clausules wordt een stap gezet op het terrein van de *vervanging* (randnr. 171). Deze techniek behelst de vraag of en, zo ja, in welke mate de oorspronkelijke partijen bij de overeenkomst zich kunnen laten vervangen door een derde. Deze clausules hebben met andere woorden betrekking op de overdracht van de contractuele relatie als dusdanig. Bij geheimhoudingsovereenkomsten met rechtspersonen bestaat daarnaast het gevaar dat de identiteit van de medecontractant wijzigt door veranderingen in de identiteit van haar aandeelhouders (of houders van andere stemverlenende effecten, het personeel of de raad van bestuur). Hier is sprake van een wijziging van de identiteit van de medecontractant, zonder dat die (rechts)persoon als dusdanig wordt vervangen. De meester van het geheim kan hierdoor worden geconfronteerd met een persoon waarmee hij nooit heeft willen contracteren. Hij kan dit gevaar enerzijds trachten te vermijden door rechtstreeks beperkingen te bedingen op de mogelijkheid tot overdracht van aandelen. Deze strategie blijkt echter ernstige beperkingen te kennen. Zo zijn beperkingen op de overdracht van aandelen beperkt in de tijd en moeten zij steeds verantwoord zijn in het licht van het vennootschapsbelang. Bovendien kent het Wetboek van Vennootschappen rechtsfiguren zoals de fusie of de splitsing die uitwerking krijgen los van eventuele overdrachtsbeperkingen op de aandelen. De meester van het geheim kan dit slechts voorkomen via het overeenkomen van stemovereenkomsten met de aandeelhouders die dergelijke operaties uitsluiten. Ook die overeenkomsten moeten echter verantwoord zijn in het licht van het vennootschapsbelang. Een andere strategie is om de identiteitswijziging van de medecontractant te ontmoedigen door het stipuleren van *change of control clauses* (randnr. 202). Dit zijn clausules die de onrechtstreekse identiteitswijziging niet als dusdanig verbieden. Zij stipuleren slechts dat een dergelijke wijziging tot gevolg heeft dat de overeenkomst met de medecontractant wordt beëindigd. Dit laat de medecontractant toe om de contractuele relatie (bv. de licentieovereenkomst) stop te zetten zodat hij geen nieuwe informatie meer moet meedelen. Hij kan bovendien postcontractuele afspraken stipuleren zodat de contractant gehouden is en blijft tot het teruggeven of vernietigen van de geheime informatie en tot een postcontractuele geheimhoudingsplicht (en/of niet-concurrentieplicht). De medecontractant kan hierdoor zijn geheime informatie op zijn minst naar de toekomst toe vrijwaren, ook al kan het feit van de informatieverstrekking naar het verleden toe niet ten volle worden uitgewist.

**587. Voorwerp van de geheimhoudingsplicht.** Het voorwerp van de contractuele geheimhoudingsplicht is een derde aandachtspunt. De geldigheid van het voorwerp of de oorzaak van de geheimhoudingsplicht kan een afweging vereisen tussen de belangen van de maatschappij (om kennis te nemen van de informatie) of van de geheimplichtige (om de informatie te verspreiden of te gebruiken) en de legitieme belangen van de meester van het geheim (om zijn onderneming af te schermen van de

buitenwereld) (randnr. 225). De legitimiteit van klokkenluiden (*whistleblowing*) is een bijzonder probleem in dit verband. Een klokkenluider is een persoon (bv. een werknemer) die wetens en willens onrechtmatig gedrag van een andere persoon (bv. zijn werkgever) meldt aan één of meerdere derden (vaak de pers of de overheid). Het Belgische recht bevat geen bijzondere regeling over klokkenluiden in privaatrechtelijke verhoudingen (wel voor personeelsleden van een Vlaamse overheidsdienst die onregelmatigheden melden aan de Vlaamse ombudsdienst), zodat het aan de rechter is om te oordelen over het gedrag van de klokkenluider. Een vertrouweling mag zijn geheimhoudingsplicht slechts doorbreken indien de geheimhouding objectief bekeken indruist tegen de openbare orde of tegen zijn grondrechten. De verspreiding moet bovendien zo beperkt mogelijk blijven. Dit betekent dat alleen de met de openbare orde of grondrechten conflicterende onderdelen van de informatie mogen worden verspreid en dat niet meer personen op de hoogte mogen worden gebracht dan strikt noodzakelijk voor de opheffing van het conflict. Het conflicterende karakter is als dusdanig bijgevolg geen vrijbrief voor een ongebreidelde miskennis van de geheimhoudingsplicht. Een contractuele geheimhoudingsplicht mag verder uiteraard niet indruisen tegen mededelingsplichten van openbare orde.

Men dient bij de bepaling van het voorwerp een onderscheid te maken tussen de bepaling van het (im)materiële voorwerp van de verbintenis (d.i. de geheim te houden informatie) (randnr. 250) en de prestatie die moet worden geleverd ten aanzien van deze zaak (d.i. de geheimhouding in al haar facetten) (randnr. 306).

De omschrijving van de geheime informatie kan gebeuren via objectieve en positief geformuleerde criteria. Zo kan informatie worden geïdentificeerd op basis van een limitatieve opsomming of abstracte omschrijving van de informatie, de doelstelling van de verhouding waarvoor de geheimhoudingsplicht wordt aangegaan, de informatiedrager, de locatie van de informatieoverdracht, de notie van afgeleide informatiedragers en de afbakening van de geheim te houden informatie in de tijd. De omschrijving van de geheim te houden informatie kan ook gebeuren via een negatieve omschrijving (randnr. 280). De bepaling van het voorwerp gebeurt in deze hypothese door de omschrijving van de uitzonderingen op de geheime informatie, met andere woorden door te definiëren wat niet onderworpen is aan de geheimhoudingsplicht.

Een eerste uitzondering heeft betrekking op de geheimplichtige die reeds kennis had van de informatie vóór de informatieverstreking (en dus onafhankelijk daarvan). Deze uitzondering vloeit voort uit het principe dat het voorwerp van de geheimhoudingsafspraken voor de geheimplichtige in beginsel onbekende informatie moet zijn en dat hij een nut moet hebben bij de informatieverstreking. Een tweede uitzondering is de onafhankelijke kennisname van de informatie na de informatieverstreking (maar toch onafhankelijk daarvan). Deze kennis kan worden verkregen via interne ontwikkeling van onderdelen van de onderneming die geen toegang hadden tot de informatie op basis van de geheimhoudingsovereenkomst of via de legitieme verkrijging van de informatie zonder geheimhoudingsplicht via derden. De mogelijkheid tot interne onafhankelijke ontwikkeling kan onder meer worden

veiliggesteld via het stipuleren van de mogelijkheid tot het optrekken van *Chinese walls* of *clean rooms* binnen de onderneming (randnr. 282). Een *Chinese wall* is een techniek die de onderneming onderverdeelt in compartimenten met een verschillende mate van toegang tot geheime informatie. Een *clean room* is een afdeling binnen de onderneming die volledig afgezonderd is van de geheime informatie. Het doel van deze technieken is dat de informatie die de onderneming geheim moet houden ten voordele van een derde alleen toegankelijk is voor de afdelingen of personen die daadwerkelijk nood hebben aan deze kennis. De afdelingen die niet zijn blootgesteld aan de geheime informatie kunnen dan “onbesmet” trachten om de informatie onafhankelijk (d.i. los van de verstrekking door de meester van het geheim) te ontwikkelen. Een volgende uitzondering geldt voor informatie die publiek beschikbaar of algemeen bekend is. Aangezien de bescherming van *geheime informatie* de achterliggende rechtvaardiging en beweegreden is voor het aangaan van een geheimhoudingsplicht, vervalt het voorwerp wanneer dit geheime karakter ophoudt te bestaan. Een laatste uitzondering is de *residual information clause* (randnr. 292). Deze clausule stelt de bewegingsmarge van de geheimplichtige veilig na afloop van zijn opdracht voor de meester van het geheim. Het zondert namelijk de informatie uit die onvermijdbaar en onuitwisbaar achterblijft in het geheugen van de personen die werden ingeschakeld voor de opdracht. Het gaat meer bepaald om de opgebouwde ervaring en algemene kennis of andere relatief makkelijk te onthouden en weder samen te stellen informatie.

De identificatie kan ten slotte (al dan niet in combinatie met objectieve elementen) gebeuren op basis van subjectieve criteria (randnr. 275). Een gebrek aan objectieve criteria hoeft niet problematisch te zijn voor de geldigheid van de geheimhoudingsplicht. Dit kan de uiting zijn van een mogelijkheid tot partijbeslissing in hoofde van de meester van het geheim. Deze bevoegdheid moet te goeder trouw worden uitgeoefend en is vatbaar voor controle door de rechter.

De te leveren prestatie van de geheimplichtige (ten aanzien van de hierboven vastgestelde geheime informatie) bestaat enerzijds uit een verspreidingsverbod en anderzijds uit een gebruiksverbod. Het verspreidingsverbod (randnr. 307) bestaat op zijn beurt uit een passieve en een actieve component. De geheimplichtige moet zich passief onthouden van elke niet-toegestane verspreiding van de informatie. Dit is een verbintenis om iets niet te doen. Hij mag daarnaast niet aan de basis liggen van een niet-toegestane verspreiding. Dit impliceert een actieve beveiligingsplicht ten aanzien van de informatie. De partijen kunnen tevens uitzonderingen bedingen op deze onthoudingsplicht (evenals op het gebruiksverbod). Een eerste uitzondering is dat verspreiding toegestaan is mits specifieke toelating door de meester van het geheim. Een andere standaarduitzondering is dat de geheimhoudingsplicht niet geldt indien de geheimplichtige gehouden is om de informatie mee te delen in een gerechtelijke procedure of aan een overheidsinstantie. De geheimhoudingsplicht blijft in beginsel wel overeind ten aanzien van de spontane voorlegging door de geheimplichtige in een procedure. Het recht op verdediging van de geheimplichtige kan hier echter voorzien in verdergaande uitzonderingen. Zo mag de geheimplichtige geheime informatie overleggen in een procedure tegen de meester van het geheim wanneer deze laatste

een wanprestatie heeft begaan of zich alleen beroept op de voor hem voordelige bestanddelen van de geheime informatie. De partijen kunnen daarnaast expliciet of impliciet doelstellingen overeenkomen waarvoor de informatie mag worden verstrekt evenals personen aanduiden aan wie de informatie mag worden doorgegeven.

De geheimplichtige is naast het verspreidingsverbod doorgaans ook gehouden tot een gebruiksverbod (randnr. 328). De uiteindelijke doelstelling van de meeste geheimhoudingsplichten is namelijk om zo goed mogelijk de situatie te benaderen alsof de geheimplichtige nooit kennis zou hebben genomen van de informatie (behoudens de eventuele rechten die hij er binnen het raam van de geheimhoudingsafspraken op geniet). In het licht van deze doelstelling mag de geheimplichtige de informatie dan ook niet gebruiken buiten de toegestane doeleinden. Dit algemene gebruiksverbod kan gepaard gaan met een aantal bijzondere verschijningsvormen. Zo mag de geheimplichtige de informatie niet eigenhandig octrooieren en kan hij gehouden zijn tot een bijkomende *standstill* verplichting (randnr. 330) of tot een bijkomend afweringsverbod (randnr. 331). Uiteraard behoort ook een algemene niet-concurrentieplicht tot de mogelijkheden.

Naast deze verbijzonderingen op het gebruiksverbod zijn er ook nog enkele verbijzonderingen van het verspreidings- en gebruiksverbod samen. Dit is meer bepaald het geval voor de *announcement clause* (randnr. 337), de *garden leave clause* (randnr. 338) en de discretieplicht (randnr. 348). Een *announcement clause* bevat afspraken over de mogelijkheid voor de contractspartijen om informatie mee te delen aan het publiek (bv. via persmededelingen). Een *garden leave clause* is een clause die een werknemer die op punt staat om de onderneming te verlaten enige tijd (bv. gedurende de opzegtermijn) op non-actief zet mits doorbetaling van het loon. Dit ontnemt hem het recht op toegang tot de bedrijfsterreinen en tot de geheime informatie van de onderneming totdat zijn arbeidsovereenkomst afloopt. Het doel van deze clause is om te vermijden dat de werknemer deloyale handelingen zou stellen tijdens zijn opzegtermijn (bv. het kopiëren van geheime klantenlijsten met het oog op de afwerving van cliënteel) en om ervoor te zorgen dat de geheime informatie waarover hij al beschikt verouderd is wanneer zijn arbeidsovereenkomst daadwerkelijk is beëindigd. De discretieplicht is een vorm van geheimhouding die ook betrekking heeft op informatie die als dusdanig niet geheim is. Deze verplichting kan voortvloeien uit specifieke contractuele afspraken (bv. geen gebruik maken van opzichtige verkoopstechnieken bij een makelaarsovereenkomst), uit de goede trouw of het recht op een privéleven (bv. publiek bekende informatie uit het verleden niet opnieuw onder de aandacht van het publiek brengen) of het beroepsgeheim (bv. niet overgaan tot bevestiging van publiek geworden informatie over een cliënt).

Ten slotte kan de geheimhoudingsplicht gepaard gaan met accessoire verplichtingen zoals de controlerechten (randnr. 350) en de clauses die duidelijke perken stellen aan de verwachtingen die een van de partijen zou kunnen koesteren over haar rechtspositie. Men kan deze laatste clauses dan ook bestempelen als “*no further rights*” clauses (randnr. 351). Zij kunnen onder meer voorzien dat de medecontractant in het raam van onderhandelingen geen verwachtingen mag koesteren over de

contractsbereidheid van de meester van het geheim, dat de geheimplichtige geen recht heeft op de verstrekking van geheime informatie (de verstrekking is dan slechts een potestatief recht voor de meester van het geheim), dat de informatieverstrekking geen licentie of afstand van het meesterschap van het geheim impliceert, dat de geheimplichtige geen exclusieve rechten geniet op de kennisname of het gebruik van de informatie of dat de meester van het geheim niet instaat voor de correctheid van de informatie.

De effectiviteit van geheimhoudingsovereenkomsten vereist niet alleen dat zij zouden voldoen aan de wettelijke vereisten voor de geldigheid van het voorwerp, maar ook dat de meester van het geheim de nodige instrumenten heeft om inbreuken op de geheimhoudingsplicht te voorkomen of te remediëren (randnr. 358). Het is in de praktijk echter vaak geen sinecure om een toerekenbare inbreuk in hoofde van de geheimplichtige aan te tonen. De meester van het geheim heeft bij wanprestatie de keuze tussen hetzij de uitvoering in natura, hetzij de ontbinding. In de praktijk kan een uitvoering of herstel in natura van het verspreidingsverbod echter moeilijk worden verkregen wegens het onherstelbare karakter van een voldoende ruime verspreiding. Een beperkte verspreiding of een inbreuk op het gebruiksverbod kan desgevallend wel nog in natura worden geremedieerd. De kortgedingrechter is bovendien ook bevoegd om voorlopige maatregelen te nemen ten aanzien van verbintenissen om iets niet te doen. Het herstel via schadevergoeding is dan weer problematisch omdat ook de precieze schade van de inbreuk vaak moeilijk te bewijzen is. Het is in ons recht, in tegenstelling tot de bestudeerde *common law* rechtssystemen, bovendien (behoudens andersluidende wettelijke regeling) niet mogelijk om de voordelen die de medecontractant haalde uit haar inbreuk in te palmen zonder bewijs van een causaal verband met de eigen schade. Wat de ontbinding betreft, zal een teruggave in natura van de informatieverstrekking vaak geen volwaardige restitutie opleveren omdat dit de partijen niet zal terugplaatsen in de situatie alsof de overeenkomst niet was gesloten. De restitutie dient in dat geval minstens gedeeltelijk te gebeuren in de vorm van een geldelijke vergoeding. De verrijking zonder oorzaak biedt evenmin soelaas voor de miskennis van een contractuele geheimhoudingsplicht. Deze rechtsfiguur heeft naar Belgisch recht een subsidiair karakter en kan dus alleen worden ingeroepen indien de verarmde partij geen andere rechtsmiddelen ter beschikking heeft.

**588. Duurzaamheid van de geheimhoudingsplicht.** Een vierde aandachtspunt is de duurzaamheid van de geheimhoudingsplicht. De effectieve bescherming van vertrouwelijke informatie vereist dat de geheimhoudingsplicht een duurzaam karakter heeft aangezien zelfs een tijdelijke niet-uitvoering volstaat om elk toekomstig nut aan de overeenkomst te ontnemen voor de informatieverstrekker. De bepaling van de duurzaamheid vereist een onderzoek naar de *duur* van de geheimhoudingsplicht (randnr. 373). De uitvoering van geheimhoudingsplichten strekt zich per definitie uit in de tijd. De schuldenaar van de geheimhoudingsplicht is niet in staat om één of enkele specifieke uitvoeringshandelingen te stellen die leiden tot de uitdoving van zijn geheimhoudingsplicht. Hij moet zijn verbintenis op *voortdurende wijze* respecteren tot het verstrijken van de overeengekomen termijn. Zowel de omvang als de waarde van de prestatie zijn onlosmakelijk verbonden met het tijdsverloop: hoe langer de

geheimhoudingsplicht duurt, des te belastender zij is voor de geheimplichtige en des te waardevoller zij is voor de meester van het geheim (de duur van de verspreidings- en gebruiksrechten is dan weer in het voordeel van de geheimplichtige en in het nadeel van de meester van het geheim). Eerst moet het tijdstip van de inwerkingtreding worden nagegaan (randnr. 385). Kan de geheimhoudingsplicht retroactief in werking treden? Het verbintenissenrecht laat dit toe in de mate dat de partijen de bepalingen van dwingend recht en de rechten van derden respecteren. De partijen kunnen bijvoorbeeld niet de nieuweidsvereiste van het octrooirecht omzeilen door personen die reeds kennis hebben van de uitvinding een retroactieve geheimhoudingsplicht te doen aangaan. De effectiviteit van de geheimhoudingsplicht vereist overigens geen volwaardige retroactieve inwerkingtreding. Het gevaar dat een informatieverkrijger de informatie tussen de datum van de verkrijging en de latere onderschrijving van een geheimhoudingsplicht reeds zou hebben verspreid of gebruikt, wordt ook geneutraliseerd door hem het tegendeel te laten garanderen. Het natuurlijke startpunt van de geheimhoudingsduur is de datum waarop de informatie wordt verkregen aangezien de geheimhoudingsplicht vanaf dan nuttig is voor de meester van het geheim.

De contractuele verhouding tussen de partijen laat niet steeds toe om precieze tijdstippen uit te stippelen voor de informatieoverdracht. Het aantal en het tijdstip van de informatieverstrekkingsen is vaak moeilijk voorspelbaar. Het voorzien van een tijdvak, d.i. een '*disclosure window*' of een '*disclosure period*' (randnr. 378), waarbinnen de informatieverstrekking moet plaatsvinden, remedieert deze onzekerheid. Het tijdvak is een tijdsverloop dat wordt afgebakend door een begin- en eindpunt. De informatie die binnen het tijdvak werd meegedeeld is dan gedekt door een geheimhoudingsplicht. Dit tijdvak kan van bepaalde of van onbepaalde duur zijn. Het tijdvak bakent alleen maar een periode af waarin vertrouwelijke informatie moet worden meegedeeld opdat zij gedekt zou zijn door een geheimhoudingsplicht. Dit vereist geen enkele zekerheid over de vraag of informatie zal worden verstrekt en evenmin over het aantal informatieverstrekkingsen. Het tijdvak resulteert dus niet *ipso facto* in een verbintenis om daadwerkelijk één of meerdere informatieverstrekkingsen na te streven. Het *tijdvak voor de informatieverstrekking* mag niet worden verward met de geheimhoudingsduur (randnr. 382), d.w.z. met de periode waarin de informatie geheim moet worden gehouden. Het tijdvak voor de informatieverstrekking geeft louter aan in welke periode de informatie moet worden meegedeeld opdat zij onderworpen zou zijn aan een geheimhoudingsplicht. De gelijkschakeling van de duur van het *disclosure window* met de geheimhoudingsduur zou tot gevolg hebben dat de informatie die naar het einde toe van deze periode wordt verstrekt zeer snel bevrijd zou zijn van de geheimhoudingsplicht.

De partijen kunnen op basis van de contractsvrijheid een eigen regeling uitwerken over de duur van de geheimhoudingsplicht. De afgesproken duur mag in elk geval niet de economische of persoonlijke vrijheid van de medecontractant op een onredelijke wijze beperken, laat staan resulteren in een volledige afstand daarvan. Deze bezorgdheid wordt juridisch tevens vertaald in een zogenaamd verbod op eeuwigdurende verbintenissen (randnr. 420). De natuurlijke maximumduur van de

geheimhoudingsplicht is de datum waarop de informatie haar vertrouwelijke karakter verliest (randnr. 467). Dit is een maximumduur in de mate dat men ervan uitgaat dat deze gebeurtenis vroeg of laat zal plaatsvinden. Beperkingen die bestemd zijn om ook daarna voort te duren, moeten vanaf dat moment voldoen aan de vereisten van het niet-concurrentiebeding.

Een gevaar voor de effectiviteit van de geheimhoudingsplicht is dat geheimhoudingsplichten zonder (uitdrukkelijke) tijdsbepaling in de klassieke visie riskeren te worden gekwalificeerd als verbintenissen van onbepaalde duur die te allen tijde opzegbaar zijn. Een tijdsbepaling kan echter impliciet zijn en onder meer voortvloeien uit de aard van de verbintenis (randnr. 474). Bij geheimhoudingsplichten is een gebrek aan uitdrukkelijke tijdsbepaling eerder uit te leggen als een impliciete keuze voor de maximumduur (d.i. zolang het geheime karakter voortduurt) dan voor een onbepaalde duur die te allen tijde opzegbaar zou zijn. De effectiviteit van de geheimhoudingsplicht vereist namelijk dat de geheimplichtige zich op duurzame wijze en niet louter *ad nutum* verbindt (randnr. 484). Bovendien is het betwistbaar dat verbintenissen van onbepaalde duur steeds *ad nutum* opzegbaar moeten zijn. Er valt bijvoorbeeld niet in te zien waarom een tijdelijke opschorting van het opzeggingsrecht niet afdwingbaar zou zijn voor zover de concrete regeling de vrijheid van de partijen niet buitensporig beperkt (randnr. 521).

Het tweede aspect van de duurzaamheid van de geheimhoudingsplicht is de zogenaamde *splitsbaarheid*, deelbaarheid of autonome werking van de overeenkomst of het beding waarin deze verplichting is opgenomen (randnr. 534). Een contractuele basisverhouding kan getroffen worden door nietigheid, ontbinding, verval, schorsing, opzegging, etc. De geheimhoudingsplicht zou samen met de rest van de overeenkomst verdwijnen van zodra één van de contractuele bestanddelen is aangetast door een beëindigingsgrond indien men de overeenkomst behandelt als een monolithisch geheel. Rechtspraak en rechtsleer (en soms ook specifieke wettelijke bepalingen) aanvaarden echter dat de geheimhoudingsplicht naargelang het geval kan worden afgesplitst van de rest van de overeenkomst. Beëindigingsgronden werken met andere woorden niet per definitie door naar elk contractueel bestanddeel. Deze autonome werking vloeit voort uit de wil van de partijen, specifieke wettelijke bepalingen of de aard van de overeenkomst. Het toepassingsgebied van elke beëindigingsgrond kan *in concreto* worden nagegaan. Deze splitsbaarheid geldt niet alleen van beding tot beding. Bedingen kunnen ook intern splitsbaar zijn (randnr. 555). Het loutere feit dat een deel van het beding bijvoorbeeld nietig is, betekent niet dat het volledige beding ongeldig is. Het resterende, geldige gedeelte kan deze nietigheid overleven. De mogelijkheid de duur(zaamheid) van contractuele bestanddelen afzonderlijk vast te stellen verklaart ook de zogenaamde postcontractuele werking van geheimhoudingsafspraken. De overeenkomst is als dusdanig niet beëindigd in de postcontractuele fase. De werking van deze fase is gebaseerd op bedingen die bestemd zijn om voort te duren (resp. pas in werking te treden) nadat de contractuele basisverhouding is beëindigd. De bindende kracht van deze bedingen blijft gebaseerd op het principe dat de overeenkomst als wet geldt tussen de partijen (art. 1134 BW). De vereiste duurzaamheid van geheimhoudingsplichten en het feit dat



overeenkomsten geen monolithisch geheel zijn op het vlak van hun uitwerking verklaart ten slotte waarom deze verplichtingen niet vatbaar zijn voor een tijdelijke niet-uitvoering, zelfs indien de uitvoering van de rest van de overeenkomst opgeschort is.

**589. Is een gedetailleerde regeling van al deze punten onmisbaar voor de effectiviteit van de contractuele geheimhoudingsplicht?** De partijen kunnen een uitdrukkelijke regeling uitwerken voor al deze pijnpunten. Dit vereist dat de partijen op het tijdstip van de contractsluiting nadenken over de precieze noden en doelstellingen waarvoor zij de overeenkomst aangaan. Zij moeten daarbij ook anticiperen op toekomstige problemen. Dit leidt tot het risico dat de *in abstracto* uitgewerkte (en vaak louter gestandaardiseerde) afspraken over de geheimhouding niet geschikt zijn voor de concrete problemen waarmee de contractuele relatie te kampen krijgt. Het succes van deze gedachtenoefening is dan ook niet gegarandeerd. Partijen die er niet in slagen om hun contractuele afspraken te heronderhandelen, blijven dan achter met een suboptimale rechtsverhouding. Bovendien moet men vaststellen dat geheimhoudingsafspraken in de praktijk vaak erg summier zijn. Een gebrek aan gedetailleerde contractuele afspraken hoeft de effectiviteit van de geheimhoudingsplicht echter niet fundamenteel uit te hollen, al leidt dit wel tot een hogere mate van rechtsonzekerheid. Wat de *totstandkoming* betreft, kan een geheimhoudingsplicht ook impliciet voortvloeien uit de overeenkomst (randnr. 10) of soms zelfs onafhankelijk van enige contractuele relatie voortvloeien uit de principes van de buitencontractuele aansprakelijkheid. Op het vlak van de *partijen* bij de geheimhoudingsplicht beschermt het principiële *intuitu personae* karakter van de geheimhoudingsplicht de meester van het geheim tegen ongecontroleerde informatieverstrekkings door de geheimplichtige (randnr. 122), terwijl hij de beschikkingsbevoegdheid over zijn meesterschap van het geheim behoudt (randnr. 132). De geheimplichtige behoudt bij gebrek aan andersluidende regeling wel zijn principiële recht op de inschakeling van uitvoeringsagenten (randnr. 137), maar dit recht geldt niet onbeperkt. Het voorwerp van de geheimhoudingsplicht kan bij gebrek aan specifieke regeling dan weer mogelijk worden vastgesteld op basis van een partijbeslissing door de meester van het geheim (randnr. 275). Deze beslissingsbevoegdheid is uit te oefenen in het licht van de doelstelling van de overeenkomst, blijft beperkt tot informatie die daadwerkelijk geheim is (d.w.z. niet tot het openbare domein behoort) en is vatbaar voor een marginale toetsing door de rechter. Verder kan de rechter, bij gebrek aan specifieke afspraken over de schadevergoeding, mits gepaste motivering bewijsproblemen die rijzen bij de precieze begroting van een zekere schade voortvloeiend uit de miskenning van een geheimhoudingsplicht opvangen door een begroting *ex aequo et bono*. De duur van de geheimhoudingsplicht is vervolgens uit haar aard begrensd tot de duur van het geheime karakter van de informatie (randnr. 467). Een gebrek aan uitdrukkelijke afspraken over de duur van de geheimhoudingsplicht is bovendien eerder uit te leggen als de impliciete koppeling van de geheimhoudingsduur aan het geheime karakter van de informatie dan als de keuze voor een *ad nutum* opzegbare geheimhoudingsplicht (randnr. 474). Ten slotte kan ook de splitsbaarheid van de geheimhoudingsafspraken impliciet worden afgeleid uit de overeenkomst (randnr. 545), zodat deze contractuele

bestanddelen hun uitwerking kunnen behouden ondanks het feit dat andere contractuele bestanddelen verdwijnen. Hieruit blijkt dat het gemene recht een vangnet biedt waarbij enige mate van bescherming mogelijk is ondanks de (gehele of gedeeltelijke) afwezigheid van uitdrukkelijke contractuele afspraken. Deze gemeenrechtelijke terugvalspositie leidt echter niet per definitie tot de meest optimale of wenselijke oplossingen voor de concrete situatie waarin de betrokkenen zich bevinden. De bepaling door de rechter van de precieze inhoud van de gemeenrechtelijke bescherming in het concrete geval gaat bovendien steeds gepaard met enige onzekerheid. Een weldoordachte contractuele regeling door de partijen blijft dan ook de voorkeur genieten voor de bescherming van vertrouwelijke informatie.

# Bibliografie

## België

- 't KINT, F., “Négociation et conclusion du contrat” in *Les obligations contractuelles*, DIEUX, X. *et al.* (ed.), Brussel, Editions du Jeune Barreau, 1984, 9-54.
- ADRIAENS, B., “Over ingekorte rechten en verzwaarde verplichtingen” in *De Arbeidsovereenkomstenwet na 30 jaar... anders bekeken*, Gent, Larcier, 2008, 35-40.
- ALLEMEERSCH, B., “Het toepassingsgebied van art. 458 Strafwetboek. Over het success van het beroepsgeheim en het geheim van dat succes”, *RW* 2003-04, 1-19.
- ALLEMEERSCH, B., *De macht van de rechter in het burgerlijk geding*, thesis Katholieke Universiteit Leuven, 2006, 539p.
- ANDRIES, K., “Cedo nulli... over de autonome werking van het arbitrage- en bemiddelingsbeding” in VAN RANSBEECK, R. (ed.), *Bemiddeling*, Brugge, die Keure, 2008, 211-244.
- ANDRIES, K., “Duur, duurzaamheid en beëindiging van contractuele relatie vanuit een gemeenrechtelijk perspectief” in P. NAEYAERT en E. TERRYEN (eds.), *Beëindiging van overeenkomsten met handelstussenpersonen*, Brugge, die Keure, 2009, 1-63.
- BAECK, J., “(Feitelijk?) Vooruitlopen op de vernietiging en de ontbinding van contracten”, *TPR* 2008, 321-374.
- BALLON, G. L., “Overlegging van stukken in een proces” (noot onder Brussel 30 november 1999), *AJT* 1999-2000, 725-726.
- BALLON, G.L. en SAMOY, I. (eds.), *De factuur en aanverwante documenten*, Brugge, Vanden Broele, 2008, 439p.
- BALLON, G.L., “De persoonlijkheidsrechten van de rechtspersoon” in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story-Scientia, 1986, 127-146.
- BALLON, G.L., “Het bewijs in handelszaken. De algemene principes, met speciale aandacht voor specifieke bewijsregelen in overeenkomsten tussen een professioneel en een consument” in DE BOECK, A., STIJNS, S. en VAN RANSBEECK, R. (eds.), *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 97-154.
- BALLON, G.L., “Knowhow en zijn bescherming” in *Liber Amicorum Roger Blanpain*, Brugge, die Keure, 1998, 673-694.
- BALLON, G.L., “The battle of forms” (noot onder Kh. Brussel 11 januari 2008), *DAOR* 2008, 111-113.
- BALLON, G.L., “Wederzijdse uitsluitingsbedingen in algemene contractvoorwaarden” (noot onder Kh. Brussel 11 januari 2008), *RAGB* 2008, 971-974.

- BARBAIX, R., “Artikel 900 B.W. en de omvang van de nietigheid, bekeken en beoordeeld vanuit het gemene verbintenissen- en overeenkomstenrecht”, *TBBR* 2009, 3-18.
- BECKERS, T. en DE MAESENEIRE, G., “Arbeidsprestaties na beëindiging arbeidsovereenkomst”, *NjW* 2005, 1010-1024.
- BEERNAERT, S., “Algemene principes van het civiele kort geding”, *RW* 2001-02, 1341-1350.
- BERLINGIN, M., “Les conditions générales bancaires – Règlement général des opérations” in *Les conditions générales*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, 37-73.
- BERTOLOTI, A., “La clause de non-concurrence en droit du travail et en droit commercial” (noot onder Cour d’appel Luxemburg 11 juli 2001), *DAOR* 2009, 292-300.
- BETTE, E., noot onder Brussel 15 oktober 1938 en Rb. Brussel 31 december 1936, *BJ* 1938, 291-295.
- BEYSEN, E., *Zaakwaarneming in APR*, Mechelen, Kluwer, 2006, 185p.
- BLUMBERG, J.-P., “Het nieuwe regime inzake inbreng van bedrijfstak en van algemeenheid”, *NFM* 1995/8, 1-14.
- BOSMANS, M., “Les conditions générales en matière contractuelle (1975 à 1979)”, *JT* 1981, 17-24 (eerste deel).
- BOSMANS, M., “Standaardbedingen”, *TPR* 1984, 33-94.
- BOUCKAERT, F., *De handelszaak in APR*, Brussel, Story-Scientia, 1989, 161p.
- BOYSIERE, Ph., VAN GREMBERGEN, W. en RUBIN, S., “Kenniscreatie in organisaties en competitief voordeel. Een pilootstudie in een Belgische multinationale onderneming” in DE BONDT, R. en VEUGELERS, R. (eds.), *Informatie en kennis in de economie*, Leuven, Universitaire Pers, 1998, 181-194.
- BRAECKMANS, H., “Het vraagrecht van de aandeelhouder in de algemene vergadering” in *Liber Amicorum Lucien Simont*, Brussel, Bruylant, 2002, 527-535.
- BRICMONT, G., *La résiliation unilatérale des concessions de vente*, Brussel, Larcier, 1972, 236p.
- BRICMONT, G., noot onder Brussel 11 december 1964, *JT* 1965, 282-283.
- BUYDENS, M., *Droit des brevets d'invention et protection du savoir-faire in Création Information Communication*, Brussel, De Boeck en Larcier, 1999, 421p.
- BUYLE, J. en DELIERNEUX, M., noot onder Kh. Brugge 24 juni 1997, *TBH* 1998, 842-843.
- BUYLE, J.-P., “Le secret des affaires: du droit à l’intimité au secret professionnel?” in *Liber amicorum Guy Horsmans*, Brussel, Bruylant, 2004, 93-132.
- BYTTEBIER, K. en FRANÇOIS, A., “Zo moeder, zo dochter? Over de autonomie (of eerder het gebrek daaraan?) van een Belgische dochtervennootschap in een (buitenlandse) groep van vennootschappen” in *Van alle markten: liber amicorum Eddy Wymeersch*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 121-147.

- CAMBIE, P., *Onrechtmatige bedingen*, Brussel, Larcier, 2009, 478p.
- CAPRASSE, O. en AYDOGDU, R., “Contrôle et pactes d’associés” in DAL, G.-A. (ed.), *Contrôle, stabilité et structure de l’actionnariat*, Brussel, Larcier, 2009, 120-211.
- CAPRASSE, O., “De la tierce décision obligatoire”, *JT* 1999, 565-576.
- CAPRASSE, O., “ICC Model Confidentiality Agreement”, *Revue de la Faculté de Droit de l’Université de Liège* 2008, 443-453.
- CARLIER, E., *Concurrentie tijdens en na de arbeidsrelatie*, Mechelen, Kluwer, 2006, 174p.
- CASSART, G., “Le contrôle judiciaire des renonciations conventionnelles aux droits aliénables de la personnalité en droit belge” in *Travaux de l’association Henri Capitant 1959-60*, Parijs, Dalloz, 1963, XIII, 122-146.
- CASSIERS, V., “Logiciel, création commerciale et brevet” in REMICHE, B. (ed.), *Brevet, innovation et intérêt général*, Brussel, Larcier, 2007, 231-271.
- CASSIERS, V., “La protection du savoir-faire de l’entreprise” in NEVEN, J.-F. en CORNU, E. (eds.), *Le patrimoine intellectuel de l’entreprise*, Brussel, Larcier, 2010, 53-119.
- CAUFFMAN, C., “De verbindende eenzijdige belofte: een bron van gebondenheid in het Europese privaatrecht?”, *TBBR* 2006, 3-38.
- CAUFFMAN, C., “Opschortingsrechten bij niet-nakoming” in SMITS, J. en STIJNS, S. (eds.), *Remedies in het Belgisch en Nederlands contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 141-171.
- CAUFFMAN, C., “Pour la résolution partielle! Quelques remarques du point de vue belge à propos de la thèse de Mme Rigalle” in COUSY, H., STIJNS, S., TILLEMANS, B. en VERBEKE, A. (eds.), *Droit des contrats France, Belgique*, Larcier, Brussel, 2005, 155-180.
- CAUFFMAN, C., “Standard Clauses and Unilateral Promises” in COLLINS, H. (ed.), *Standard contract terms in Europe*, Alphen aan de Rijn, Kluwer Law International, 2008, 245-276.
- CAUFFMAN, C., “Vers un endiguement du pouvoir modérateur du juge en cas de nullité?” (noot onder Cass. 23 maart 2006), *RCJB* 2007, 428-446.
- CAUFFMAN, C., *De verbindende eenzijdige belofte*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 952p.
- C.D., noot onder Kh. Gent 17 juli 1915, *J. C. Fl.* 1915, 150-154.
- CLABOTS, A., “Titel IV Bewijs van handelsverbintenissen – Commentaar bij art. 25 W. Kh.” in *Artikelsgewijze commentaar Handelsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2001, afl. 19, losbl.
- CLAEYS, I. en PHANG, L., “Van bepaalde duur naar onbepaalde duur en terug”, *TPR* 2008, 375-466.
- CLAEYS, I. en Taelman, P., “Contract en kort geding” in SAGAERT, V. en LAMBRECHT, D. (eds.), *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 159-222.

- CLAEYS, I., “De voorlopige schorsing van een eenzijdige opzegging – een taboe minder?” in *Liber amicorum Hubert Bocken*, Brugge, die Keure, 2009, 165-175.
- CLAEYS, I., “Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging” in *Sancties en nietigheden*, Brussel, Larcier, 2003, 267-332.
- CLAEYS, S., “Precontractuele informatie bij commerciële samenwerkingsovereenkomsten. Wet van 19 december 2005”, *NJW* 2006, 290-306.
- CLAEYS, S., *Franchising in Recht en Onderneming*, Brugge, die Keure, 2009, 668p.
- CLAEYS, S., noot onder Brussel 10 december 2008, *DAOR* 2009, 152-155.
- CLESSE, J., “L’astreinte en droit du travail” (noot onder Benelux Gerechtshof 20 oktober 1997), *RCJB* 1999, 434-456.
- CLEVENBERGH, O., “La communication d’informations confidentielles dans le cadre des ‘due diligence’, en particulier dans le cas des sociétés cotées”, *TBH* 2005, 115-138.
- CLOQUET, A., “La valeur des mentions imprimées des factures”, *JT* 1957, 253-254.
- CLOQUET, A., *La facture*, Brussel, Larcier, 1959, 293p.
- COIBION, A., *Les conventions d’actionnaires en pratique*, Brussel, Larcier, 2010, 185p.
- COIPEL, M., *Eléments de théorie générale des contrats*, Diegem, Kluwer, 1999, 205p.
- CORBISIER, I., “La société et ses associés” in *Droit des sociétés: les lois des 7 et 13 avril 1995*, Bruylant, Brussel, 1995, 105-245.
- CORNELIS, L. en CLAEYS, I., “De tegenstelbaarheid van algemene bankvoorwaarden en hun eenzijdige wijziging” in TISON, M. en BUYLE, J.-P. (eds.), *Algemene bankvoorwaarden*, Brussel, Bruylant, 2005, 74-136.
- CORNELIS, L. en SAGAERT, V., “Postcontractuele bedingen” in STIJNS, S. en VANDERSCHOT, K. (eds.), *Contractuele clausules rond de (niet-)uitvoering en de beëindiging van contracten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 291-333.
- CORNELIS, L., “De aansprakelijkheid van bestuurders van vennootschappen in groepsverband” in BIRON, H. en DAUW, C. (eds.), *Aspecten van de ondernemingsgroepen*, Antwerpen, Kluwer, 1989, 111-193.
- CORNELIS, L., “De duur van het contract met opeenvolgende prestaties” in *Het contract met opeenvolgende prestaties*, Brussel, Vlaams Pleitgenootschap bij de Balie te Brussel, 1991, 39-97.
- CORNELIS, L., “De ontbinding: het treurige einde van een mooi verhaal?” in *Sancties en nietigheden*, Gent, Larcier, 2003, 227-265.
- CORNELIS, L., “De schorsing van verbintenissen”, *TPR* 2008, 467-510.
- CORNELIS, L., “Het aanbod bij het tot stand komen van overeenkomsten”, *TBH* 1983, 6-47.

- CORNELIS, L., “Het mijnenveld rond de bindende derden- of partijbeslissing”, *TPR* 2004, 69-87.
- CORNELIS, L., “Onderzoek naar de principiële grondslag van het misbruik van ontslagrecht in het kader van de arbeidsovereenkomst voor bedienden” in RIGAUX, M. (ed.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, I, Antwerpen, Kluwer, 1984, 79-110.
- CORNELIS, L., *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, II dln.
- COX, K., *Arbitration Awards and Third Parties*, thesis universiteit K.U. Leuven 2009, 382p.
- CUYPERS, D., “De aansprakelijkheid van de werknemer”, *Or.* 1992, 253-274.
- DABIN, J., noot onder 30 januari 1947, *RCJB* 1947, 215-240.
- DALCQ, R., “Traité de la responsabilité civile. 2 : Le lien de causalité, le dommage et sa réparation” in *Les Nouvelles. Droit Civil*, V.II, Brussel, Larcier, 1962, 821p.
- DALLE, M., “Standpunt: artikel 556 van het wetboek van vennootschappen is toepasselijk op elk beding inzake controlewijziging (change of control clause) ten laste van een naamloze vennootschap”, *TRV* 2004, 87-102.
- DAVID-CONSTANT, S., “Information et discrétion en droit privé” in *L’entreprise et ses devoirs d’information en matière économique et sociale*, Brussel, Bruylant, 1979, 13-26.
- DE BISSCHOP, K. en CARLIER, E., “Klokkenluidersregelingen in een grensoverschrijdende context”, *Or.* 2009, 48-60.
- DE BOECK, A., “Enkele aspecten van de precontractuele informatie-uitwisseling” (noot onder Luik 24 april 2001 en Gent 27 juni 2001), *TBBR* 2004, 262-268.
- DE BOECK, A., *Informatierechten en –plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 572p.
- DE BONDY, W., “Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht”, *TPR* 1984, 95-126.
- DE BONDY, W., “Uitlegging van overeenkomsten naar de geest: mogelijkheden, grenzen en alternatieven”, *RW* 1996-97, 1001-1017.
- DE BRABANTER, M., “Licence ou recherche? Brevet ou secret?”, *Ing.-Cons.* 1980, 53-66.
- DE CONINCK, J., “De toetsing van een overeenkomst aan de openbare orde naar Belgisch recht” in SMITS, J. en STIJNS, S. (eds.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 187-229.
- DE CONINCK, J., “Het primaat van de partijbedoeling als onderscheidend criterium tussen voorwaarden en termijnen” (noot onder Antwerpen 8 oktober 2007), *TBBR* 2008, 257-265.
- DE CONINCK, J., “Toetsing van de geoorloofdheid van een overeenkomst: de openbare orde herbekeken”, *TBBR* 2004, 301-323.

- DE CONINCK, J., *De voorwaarde in het contractenrecht in Recht en Onderneming*, Brugge, die Keure, 2007, 620p.
- DE CORDT, Y. en PARISIS, G., “La preuve et l’information dans la vie des sociétés: principes généraux” in CAPRASSE, O. (ed.), *Preuve et information dans la vie des sociétés*, Brussel, Larcier, 2010, 9-75.
- DE DECKER, H., “De ‘subjectieve’ plechtige rechtshandeling: onbekend maakt onbemind?” in *Liber Amicorum Christian De Wulf*, Brugge, die Keure, 2003, 439-448.
- DE JAEGERE, Ph., “De aansprakelijkheid van de werknemer t.a.v. derden in het licht van artikel 18 van de wet betreffende de arbeidsovereenkomsten” in VANACHTER, O. (ed.), *Arbeidsrecht: een confrontatie tussen theorie en praktijk*, Antwerpen, Maklu, 1993, 263-295.
- DE KOSTER, P. en VANDERREKEN, I., *Financiële participatie voor werknemers*, Diegem, Ced.Samsom, 2001, 134p.
- DE LY, F., “Formulierenstrijd en totstandkoming van contracten”, *RW* 1986-87, 1313-1334.
- DE PAGE, H. en DEKKERS, R., *Traité élémentaire de droit civil belge*, Xdl., Brussel, Bruylant, 1962-1974.
- DE SMET, R., “De la force obligatoire des ‘conditions générales’ en matière commerciale” (noot onder Cass. 9 februari 1973), *RCJB* 1974, 192-203.
- DE VISSCHER, F., “Brevets et savoir-faire” in KAESMACHER, D. (ed.), *Les droits intellectuels in Répertoire notarial 2 Les biens 5*, Brussel, Larcier, 2007, 257-287.
- DE VUYST, B., “Dommages pour manque d’information ou pour information erronée, ‘due diligence’ et ‘data rooms’: la maîtrise des risques”, *DAOR* 2000, 80-82.
- DE VUYST, B., *Handboek octrooien*, Brugge, die Keure, 2006, 266p.
- DE WULF, Ph. en CHERRETTE, K., “De actiemogelijkheden van de (ex-)werkgever in geval van concurrentie door zijn (ex-)werknemer: een beknopte leidraad”, *Or.* 2005, 233-250.
- DEKKERS, R., “De la rupture des contrats à durée illimitée” (noot onder Gent 16 januari 1956), *RCJB* 1957, 322-324
- DEKKERS, R., *Précis de droit civil belge*, Brussel, Bruylant, 1954-1955, III dln.
- DEKKERS, R., VERBEKE, A., CARETTE, N. en VANHOVE, K., *Handboek burgerlijk recht, III, Verbintenissen, bewijsleer, gebruikelijke contracten*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 820p.
- DEL CORRAL, J. en SAGAERT, V., “Contractuele bedingen over opzegging, verlenging en vernieuwing: een analyse naar gemeen recht” in NAEYAERT, P. en TERRY, E. (eds.), *Beëindiging van overeenkomsten met handelstussenpersonen*, Brugge, die Keure, 2009, 65-104.
- DEL MARMOL, Ch., “La liberté du commerce en droit belge”, *JT* 1953, 65-70.
- DELAHAYE, Th. *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, Brussel, Bruylant, 1984, 303p.



- DELAHAYE, Th., “La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée en droit belge” in TILLEMANS, B., VERBEKE, A. en VERKINDT, P.Y. (eds.), *Droit des contrats France, Belgique 2*, Brussel, Larcier, 2006, 223-259.
- DELFORGE, C., “L’offre de contracter et la formation du contrat (1re partie)”, *TBBR* 2004, 550-561 en (2ème partie) *TBBR* 2005, 5-22.
- DELFORGE, C., “L’unilatéralisme et la fin du contrat” in WERY, P. (ed.), *La fin du contrat*, Luik, CUP, 2001, 77-157.
- DELFORGE, C., “La formation des contrats sous un angle dynamique. Réflexions comparatives” in *Le processus de formation du contrat*, Brussel, Bruylant, 2002, 139-478.
- DELFORGE, C., *La spécificité des contrats à long terme entre firmes*, Thesis UCL, 2006, 506p.
- DELVAUX, P.-H., “Les clauses résolutoires expresses et les clauses aménageant l’exception d’inexécution” in *La rédaction des conditions générales contractuelles*, Gent, Story-Scientia, 1984, 87-110.
- DEMARSIN, B. *Expertise, veiling en certificaten in de kunsthandel* in *Recht en onderneming*, Brugge, die Keure, 2009, 564p.
- DEMEYERE, L., “Rechtshandelingen ter beëindiging van overeenkomsten” in *De behoorlijke beëindiging van overeenkomsten*, Brussel, JBB, 1993, 11-54.
- DEMUYNCK, I., *De inhoudelijke controle van onrechtmatige bedingen*, thesis Universiteit Gent, 2000, IV dln.
- DESSARD, D., *Les usages honnêtes*, Brussel, Larcier, 2007, 300p.
- DIEUX, X. “La preuve en droit commercial” in *La preuve*, Colloquium 12 en 13 maart 1987, *s.l.*, UCL, 1-26.
- DIEUX, X., “Examen de jurisprudence (1990-2003) Droit financier (Première partie)”, *RCJB* 2004, 207-411.
- DIEUX, X., “Observations sur l’article 1794 du Code civil et sur son champ d’application” (noot onder Cass. 4 september 1980), *RCJB* 1981, 528-546.
- DIRIX, E. en BALLON, G.L., *Factuur* in *APR*, Gent, Story-Scientia, 1993, 278p.
- DIRIX, E. en VAN OEVELEN, A., *Verbintenissenrecht kroniek 1985-1992*, *RW* 1992-93, deel 1: 1209-1237, slot 1249-1265.
- DIRIX, E., “Eigendomsvoorbehoud”, *RW* 1997-98, 481-496.
- DIRIX, E., “Exoneratiebedingen”, *TPR* 1988, 1171-1204.
- DIRIX, E., *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 318p.
- DOUTREWE, M., noot onder Luik 11 maart 1981, *JL* 1982, 3-5.
- DRUYTS, R., “Een ‘statuut’ voor de ‘klokkenluiders’ in België. Wachten op de noodzakelijke cultuuromslag? Of: wachten op de invoering van een bescherming via een reglementaire of wettelijke tekst?”, *TBP* 2003, 558-588.
- DU BOIS, G., “Het bankgeheim”, *TPR* 1986, 433-469.

- DU JARDIN, L., “La durée du contrat à prestations successives (une clause modèle?)”, *CJ* 2002, 34-35.
- DUBOUT, H., “Les clauses de changement de contrôle” in *Les grandes clauses des contrats internationaux*, Brussel, Bruylant, 2005, 323-347.
- DUBUISSON, B. en TRIGAUX, J.M., “L’exception d’inexécution en droit belge” in FONTAINE, M. en VINEY, G. (eds.), *Les sanctions de l’inexécution des obligations contractuelles*, Brussel, Bruylant, 2001, 57-111.
- DUGARDYN, S., “Een beperkte draagwijdte voor de *no oral modification clause* als bewijsclausule in het Belgische handelsrecht?” (noot onder Gent 18 maart 2009), *DAOR* 2009, 385-387.
- DUMON, F., “De motivering van de vonnissen en arresten en de bewijskracht van de akten”, *RW* 1978-79, 257-326.
- DUSQUESNE, A., FONTAINE, M., KELLENS, G., KOHL, A. en PIRARD, C. “La procédure de production de documents dans le Code judiciaire et le secret professionnel”, *Ann. Dr. Liège*, 1970, 195-293.
- ENGELS, C., “Het sociaal statuut van de manager van de managementvennootschap”, *Soc. Kron.* 1992, 353-362.
- ENGELS, C., “De overgang van onderneming, en de individuele en collectieve rechten van de werknemer” in *Outsourcing in het post-Renault tijdperk*, Studiedag Associare & BVVA, 27 november 1998, 57p.
- ERNST, P., *Belangenconflicten in naamloze vennootschappen*, Antwerpen, Intersentia, 1153p.
- EVRARD, J.-J. en THUNIS, X., “La protection juridique des programmes d’ordinateurs” in *Le droit des ‘contrats informatiques’. Principes – Applications*, Brussel, Larcier, 1983, 430-444.
- FAGNART, J.L., “La responsabilité dans la relation de travail” in *Le contrat de travail dix ans après la loi du 3 juillet 1978*, Brussel, Story Scientia, 1989, 163-184.
- FAURE, M., *De toepassing van exoneratieclausules in het parkeercontract*, *RW* 1982-83, 2161-2178.
- FB, noot onder Antwerpen 28 juni 2004, *NjW* 2005, 1058.
- FONTAINE, M., “Les obligations ‘survivant au contrat’” in WERY, P. (ed.), *La fin du contrat*, Luik, CUP, 2001 161-191.
- FONTAINE, M., “Naissance, vie et survie du contrat: quelques réflexions libres” in *Festschrift für Karl H. Neumayer zum 65. Geburtstag*, Baden-Baden, Nomos, 1985, 217-228.
- FONTAINE, M., “Offre et acceptation, approche dépassée du processus de formation des contrats?” in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Brussel, Bruylant, 2000, 115-133.
- FORIERS, P. A., “Concurrence et preuve: quid en cas de clause de confidentialité” in *Tendensen in het bedrijfsrecht*, Brussel, Bruylant 2006, 437-452.

- FORIERS, P.A. en DE LEVAL, C., “Les effets de la dissolution du contrat sur les dispositions contractuelles” in *Questions spéciales en droit des contrats*, Brussel, Larcier, 2010, 161-194.
- FORIERS, P.A., “Exposé introductif: acte unilatéral et contrat, constatations et réflexions” in *La volonté unilatérale dans le contrat*, Brussel, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 2008, 5-38.
- FORIERS, P.A., “L’objet et la cause du contrat” in *Les obligations contractuelles*, Brussel, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1984, 101-164.
- FORIERS, P.A., “Les effets de la résolution des contrats pour inexécution fautive” in DUBUISSON, B. en WERY, P. (eds.), *La mise en vente d’un immeuble*, Brussel, Larcier, 2005, 223-263.
- FORIERS, P.A., “Notion de contrôle et droit des groupes” in DAL, G.-A. (ed.), *Contrôle, stabilité et structure de l’actionnariat*, Brussel, Larcier, 2009, 213-259.
- FORIERS, P.A., “Pacta sunt servanda (portée et limites)” in *Tendensen in het bedrijfsrecht*, Brussel, Bruylant, 2003, 3-44.
- FORIERS, P.A., *Groupes de contrats et ensembles contractuels* in *Contrats & Patrimoine*, Brussel, Larcier, 2006, 189p.
- FORIERS, P.A., *La caducité des obligations contractuelles par disparition d’un élément essentiel à leur formation*, Brussel, Bruylant, 1998, 218p.
- FRANÇOIS, A., *Vennootschapsbelang*, Antwerpen, Intersentia, 1999, 795p.
- FREDERICQ, L. *Traité de droit commercial belge*, V, Gent, Fechey, 1950, 1139p.
- FREDERICQ, L., *Handboek van Belgisch Handelsrecht*, I, Brussel, Bruylant, 1976, 702p.
- FUNCK, J.-F., “La clause de confidentialité dans le contrat de travail” in VANNES, V. (ed.), *Clauses spéciales du contrat de travail*, Brussel, Bruylant, 2003, 191-215.
- FYON, M., “Contrôle et mesures anti-OPA” in DAL, G.A. (ed.), *Contrôle, stabilité et structure de l’actionnariat*, Brussel, Larcier, 2009, 213-259.
- FYON, M., “Portée, limites et sanctions des droits subjectifs des actionnaires à l’obtention de certaines informations spécifiquement définies par le législateur” in CAPRASSE, O. (ed.), *Preuve et information dans la vie des sociétés*, Brussel, Larcier, 2010, 223-280.
- GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., “L’ordre public et les droits de l’homme”, *JT* 1968, 658-663.
- GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., “La convention européenne des droits de l’homme a-t-elle, dans le cadre du droit interne, une valeur d’ordre public” in *Les droits de l’homme en droit interne et en droit international*, Brussel, Presses universitaires de Bruxelles, 1968, 155-251.
- GEENS, K. en WYCKAERT, M., “Discretie of transparantie in het vennootschapsbelang: spreken is zilver, zwijgen blijft goud?” in *Van alle markten: liber amicorum Eddy Wymeersch*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 523-541.
- GEENS, K., “Over de uitgestrektheid van de individuele onderzoeks- en controlebevoegdheid van de vennoot en over zijn vertegenwoordiging door een

accountant” (noot onder Voorz. Kh. Dendermonde 1 maart 1989), *TRV* 1989, 224-227.

- GEENS, K., HELLEMANS, F., WYCKAERT, M. en JENNE, F., “Artikelsgewijze commentaar van de inhoudelijke wijzigingen ingevolge het wetboek van vennootschappen” in *Het Wetboek van vennootschappen en zijn uitvoeringsbesluit*, Kalmthout, Biblio, 2002, 27-444.
- GELDHOF, A., “Toetredingscontracten en algemene contractvoorwaarden” in *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbl.
- GELDHOF, W., “Contracteren tussen afwezigen” in *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbl.
- GERMAIN, J. en PLASSCHAERT, E., “L’exécution des obligations contractuelles” in *Obligations. Commentaire pratique*, Brussel, Kluwer, losbl.
- GERMAIN, J.-F., “La fixation unilatérale du contenu du contrat” in *La volonté unilatérale dans le contrat*, Brussel, JBB, 2008, 87-138.
- GEVERS, M., noot onder Gent 21 januari 1950, *RCJB* 1950, 277-297.
- GLANSDORFF, F. en DALCQ, Ch., “Du pouvoir d’intervention du juge en cas de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée” in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Brussel, Bruylant, 2000, 71-89.
- GLANSDORFF, F., “La définition et les caractéristiques du contrat à prestations successives” in *La vie du contrat à prestations successives*, Brussel, Vlaams Pleitgenootschap bij de Balie te Brussel, 1991, 15-38.
- GLINEUR, P., noot onder Bergen 13 januari 1977, *RGAR* 1983, 10616-1 t.e.m. 10616-12.
- GOFFIN, J.-F., *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Brussel, Larcier, 2004, 505p.
- GOTZEN, F. en JANSSENS, M.-C., *Wegwijs in het Intellectueel eigendomsrecht* in *Collectie bedrijfsrecht*, Brugge, Vanden Broele, 2007, 292p.
- GOTZEN, M., *Vrijheid van beroep en bedrijf & onrechtmatige mededinging*, Brussel, Larcier, 1963, II dln., 723p.
- GREGOIRE, P., “Les conditions générales en matière de vente” in *La Vente*, Brussel, JBB, 1987, 63-104.
- GUILMOT, A., “Chapitre 5. L’interprétation du contrat”, *Obligations. Traité théorique et pratique*, Brussel, Kluwer januari 2004, losbl.
- GUYOT, C., “Les clauses de non-concurrence et de confidentialité dans les cessions d’actifs et d’actions”, *DAOR* 2001, 4-19.
- HANNES, P., “Kaaireglement”, *NjW* 2007, 296-302.
- HANSENNE, J., *Introduction au droit privé* in *A la rencontre du droit*, Diegem, Story-Scientia, 1997, 342p.
- HEENEN, J., “L’acceptation de l’offre de contracter faite par correspondance” (noot onder Cass. 16 juni 1960), *RCJB* 1962, 301-314.

- HEENEN, J., “La directive sur les fusions internes”, *CDE* 1981, 15-25.
- HELLEMANS, F., “Stemovereenkomsten naar Belgisch recht” in DE KLUIVER, H.-J. en WOUTERS, J. (eds.), *Beginselen van vennootschapsrecht in binationaal perspectief*, Intersentia, Antwerpen, 1998, 185-203.
- HELLEMANS, F., “Terminologische en inhoudelijke vernieuwingen ingevolge het Wetboek van vennootschappen” in *Nieuw vennootschaps- en financieel recht*, Kalmthout, Biblio, 2000, 311-348.
- HENDRICKX, F., “Discriminatie bij werving en selectie: seksuele geaardheid en handicap (I)”, 64-69.
- HENRION, R., “Rapport sur le secret des affaires en droit belge” in *Le secret et le droit. Travaux de l’Association Henri Capitant*, Parijs, Dalloz, 1976, 195-227.
- HERBOTS, J., “L’exception d’inexécution et la mesure à garder dans le contrat de bail” (noot onder Cass. 6 maart 1986), *RCJB* 1990, 563-594.
- HERMAN, J., “Goede trouw van de werknemer bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst: discretieplicht en concurrentieverbod”, *Or.* 1988, 221-232.
- HOEN, H., “L’article 18 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail et la responsabilité civile suivant les articles 1382 à 1384 du code civil”, *JIT* 1983, 239-242.
- HORION, P., “De la compatibilité des clauses qui, dans un contrat de travail ou dans un contrat d’emploi, établissent l’une un terme et l’autre un droit de résiliation unilatérale”, *RCJB* 1964, 227-243.
- HORION, P., “Terme et clause d’essai”, *TSR* 1958, 121-125.
- HUBEAU, B., “Klokkenluiders nemen hun institutionele verantwoordelijkheid op” in *Verantwoordelijkheid en recht*, Mechelen, Kluwer, 2008, 402-421.
- HUMBLET, P., “(Willekeurig) ontslag, ontslagmacht en vakbondsvrijheid” (noot onder Arbrb. Gent 9 januari 1998), *RW* 1998-99, 888-890.
- HUMBLET, P., “Arbeidsovereenkomsten en politiek mandaat. Kan een werknemer twee heren dienen?”, *RW* 1988-89, 1356-1365.
- HUMBLET, P., “Grondrechten in de onderneming: (g)een contradiction in terminis?” in RIGAUX, M. en VAN EECKHOUTTE, W. (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 351-381.
- HUYS, M. en KEUTGEN, G., *L’arbitrage en droit belge et international*, Brussel, Bruylant, 1981, 812p.
- JADOUL, P., “La liquidation de la situation contractuelle” in WERY, P. (ed.), *La fin du contrat*, Luik, CUP, 2001, 213-254.
- JAMOULLE, M., *Le contrat de travail*, II dln., Luik, s.u., 1982-1986.
- JUNOD, V., “La liberté d’expression du whistleblower”, *Rev. trim. Dr. h.* 2009, 227-260.
- KEUTGEN, G. en DAL, G.-A., *L’arbitrage en droit belge et international*, Brussel, Bruylant, 2006, 670p.
- KEUTGEN, G. en TOSSENS, J.F., “La nouvelle loi sur les fusions et les scissions”, *JT* 1994, 345-360.

- KEUTGEN, G., “L’information des actionnaires”, *Ann. dr. Louvain* 1985, 183-199.
- KEUTGEN, G., “Les groupes au regard du droit belge des sociétés” in *Les groupes de sociétés*, den Haag, Martinus Nijhoff, 1973, 89-138.
- KILESTE, P., “Détermination du caractère déterminé ou non de la durée d’un contrat de concession exclusive de vente” (noot onder Brussel 28 september 1989), *TBH* 1990, 680-681.
- KILESTE, P., “Les conventions d’actionnaires” in NELISSEN GRADE J.M. (ed.), *Les nouvelles relations entre actionnaires*, Brussel, s.u., 1994, 2-37.
- KLUYSKENS, A., “De factuur als bewijsmiddel”, *RW* 1923-24, 1-4.
- KLUYSKENS, A., *Beginselen van burgerlijk recht. De verbintenissen*, Antwerpen, Standaard, 1948, I, 655p.
- KLUYSKENS, A., *De contracten*, IV, *Beginselen van burgerlijk recht*, 1952, Antwerpen, Standaard, 732p.
- KOELEMEEIJER, M., “Aandeelhouders en (stem)overeenkomsten” in DE KLUIVER, H.-J. en WOUTERS, J. (eds.) *Beginselen van vennootschapsrecht in binationaal perspectief*, Intersentia, Antwerpen, 1998, 205-215.
- KOHL, A., “La prorogation et la reconduction du contrat” in WERY, P. (ed.), *La fin du contrat*, Luik, CUP, 2002, 261-312.
- KOHL, A., “Le caractère personnel de l’action en divorce fait-il obstacle à ce que le juge ordonne d’office une enquête en vue de prouver certains faits qu’il détermine?” (noot onder Antwerpen 2 februari 1981), *RTDF* 1982, 40-42.
- KOHL, B. en GRISARD, D., “Les clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité insérées dans les conditions générales: leurre ou evidence?” in *Les conditions générales*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, 75-117.
- KRINGS, E., Conclusie onder Cass. 13 mei 1988, *Arr. Cass.* 1987-88, 1196- 1208.
- KRUTHOF, R., “Contractuele aansprakelijkheidsregelingen”, *TPR* 1984, 233-298.
- KRUTHOF, R., “Overzicht van rechtspraak (1974-1980) Verbintenissen.”, *TPR* 1983, 495-717.
- KRUTHOF, R., BOCKEN, H., DE LY, F. en DE TEMMERMAN, B., “Overzicht van rechtspraak (1981-1992) Verbintenissen”, *TPR* 1994, 171-721.
- KRUTHOF, R., MOONS, H. en PAULUS, C. “Overzicht van rechtspraak (1965-73), Verbintenissen”, *TPR* 1975, 439-542.
- LABEEUW, N., “De procedure van overlegging van stukken” (noot onder Rb. Antwerpen 15 juni 1999), *AJT* 1999-2000, 879-882.
- LAENENS, J., BROECKX, K. en SCHEERS, D., *Handboek gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 691p.
- LAGA, H., “Enige bedenkingen omtrent fusie en de overgang van *intuitu personae*-overeenkomsten” in *Liber amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story-Scientia, 1986, 237-263.
- LAGA, H., “Het rechtsgevolg van de fusie en splitsing. De overgang van rechten en plichten” in *De nieuwe fusiewetgeving 1993*, Kalmthout, Biblo, 1994, 89-116.

- LAMINE, L., *Het retentierecht in Recht en Praktijk*, Antwerpen, Kluwer, 1993, 234p.
- LAURENT, F., *Principes de droit civil*, Brussel, Bruylant, 1869-1878, XXXIII dln.
- LAUVAUX, M., “De burgerlijke aansprakelijkheid van werknemers”, *Or.* 2005, 65-75.
- LEHRER, J., “Des clauses d’irresponsabilité”, *RGAR* 1962, 6800.
- LEJEUNE, D., SWERTS, K. en PEETERS, N., “Afdeling 3. Uitlegging en implementatie van overeenkomsten” in *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2004, losbl.
- LEMMENS, K., *La presse et la protection juridique de l’individu Attention aux chiens de garde!*, Brussel, Larcier, 2004, 603p.
- LIETAERT, B., “Concurrerende activiteiten van de werknemer verhinderen aan de hand van een dwangsom”, *Or.* 1999, 10-15.
- MAEIJER, J.M.M., “Stemovereenkomsten van aandeelhouders naar Belgisch en Nederlands recht” in *Liber Amicorum Prof. dr. G. Baeteman*, Deurne, Kluwer, 1997, 181-192.
- MAESSCHALCK, J. en ORNELIS, F., “Een interdisciplinaire analyse van de klokkenluidersproblematiek in de openbare sector”, *TBP* 2003, 535-557.
- MAHAUX, P., Conclusie bij Cass. 25 september 1959, *Pas.* 1960, I, 113-118.
- MALHERBE, J., DE CORDT, Y., LAMBRECHT, Ph. en MALHERBE, Ph., *Droit des sociétés. Précis*, Brussel, Bruylant, 2009, 1498p.
- MANITAKIS, A., *La liberté du commerce et de l’industrie en droit belge et en droit français*, Brussel, Bruylant, 1979, 303p.
- MARCHANDISE, P., “Le changement de cocontractant dans les contrats à prestations successives” in *Het contract met opeenvolgende prestaties*, Brussel, Vlaams Pleitgenootschap, 1991, 127-157.
- MARCHANDISE, P., “Qui doit signer l’accord de confidentialité”, *RDAI* 2002, 741-748.
- MARECHAL, B., “La rupture du contrat de travail: point de départ de l’astreinte en droit du travail?” in *Hommage à Pierre Blondiau*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, 317-335.
- MARTENS, B., “De relatie tussen kennis en economische groei: een economisch cognitieve benadering” in DE BONDT, R. en VEUGELERS, R. (eds.), *Informatie en kennis in de economie*, Leuven, Universitaire Pers, 1998, 67-81.
- MATRAY, D. en VIDTS, F., “Règles de l’art – normes – risques de développement –saoir-faire – des notions qui se chevauchent?” in *Liber amicorum Paul Delnoy*, Brussel, Larcier, 2005, 1011-1036.
- MATRAY, D., DUVIEUSART, Ch. en MASSON, L., “Les clauses conventionnelles de garantie dans les cessions de fonds de commerce” in COUSY, H., TILLEMANS, B. en BENOIT-MOURY, A. (eds.), *De handelszaak – Le fonds de commerce*, Brugge, die Keure, 2001, 215-250.

- MAUEN, K. en FASTENAEKELS, J., “De discretieplicht van Belgische banken ‘Een onderzoek naar haar grondslagen en toepassingsgebieden’ (deel 1)”, *T. Fin. R.* 2006, 1281-1294.
- MAUSSION, F. en VON KUEGELGEN, M., “Réflexions sur l’indivisibilité et ses conséquences sur l’étendue de la disparition d’un acte juridique” in *Liber amicorum Lucien Simont*, Brussel, Bruylant, 2002, 449-466.
- MERTENS, D., “Cliënteel als mensenrecht. Goodwill beschermd door artikel 1, eerste protocol EVRM”, *CJ* 2006, 61-65.
- MESSIAEN, T., “Klokkenluiders. Overzicht van wetgeving”, *NjW* 2007, 922-926.
- MICHAUX, B., “Concurrence déloyale et anciens co-contractants. Les mises au point de la dernière jurisprudence”, *TBH* 1994, 578-591.
- MICHAUX, S. en PHILIPPE, D., “Section 4. La force majeure”, *Obligations. Traité théorique et pratique*, Brussel, Kluwer, januari 2002, losbl.
- MILQUET, J., “La production en justice, par un cocontractant, de renseignements et de documents protégés par une clause de confidentialité”, *RDAI* 1991, 153-167.
- MINJAUW, H. en VANDENDRIESSCHE, J., “Bewijs door bekentenis” in *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, november 2007, losbl.
- MOENAERT, R., FRANÇOIS, F., WAUTERS, E. en CAELDRIES, F., “Informatiestromen in internationale productontwikkeling” in DE BONDT, R. en VEUGELERS, R. (eds.), *Informatie en kennis in de economie*, Leuven, Universitaire Pers, 1998, 263-284.
- MOREAU-MARGREVE, I. en DELNOY, P., “Vente d’immeuble et dissimulation partielle du prix” (noot onder Cass. 18 maart 1988), *Ann.dr.Liège* 1989, 388-397.
- MOREAU-MARGREVE, I., “Les conditions générales de vente” in *Renaissance du phénomène contractuel*, Luik, Universiteit Luik, 1971, 259-314.
- MOUGENOT, D., “La détermination de la charge de la preuve en matière de responsabilité contractuelle: mission impossible?”, *DAOR* 2006, 310-314.
- MOUGENOT, D., “Les incidents relatifs à la preuve” in *Droit judiciaire. Commentaire pratique, 2008 VI.1-1 - VI.1-75*, Waterloo, Kluwer, 2008, losbl.
- MOUGENOT, D., *La preuve* in *Répertoire notarial*, Brussel, Larcier, 2002, 270p.
- NEELS, L., “Mededinging na overdracht van handelszaak”, noot onder Kh. Leuven 2 december 1980, *RW* 1980-81, 2132-2134.
- NEJMAN, G., “L’article 17bis de la loi du 2 mars 1989 relative à la publicité des participations importantes dans les sociétés cotées en bourse et réglementant les offres publiques d’acquisition: une disposition à l’hermétisme symbolique?”, *Rev. prat. soc.* 1998, 57-89.
- NELISSEN GRADE, J.M., “De la validité et de l’exécution de la convention de vote dans les sociétés commerciales” (noot onder Cass. 13 april 1989), *RCJB* 1991, 214-257.
- NELISSEN GRADE, J.M., “Goedkeurings- en voorkoopclausules in de naamloze vennootschap – overeenkomsten betreffende de uitoefening van het stemrecht” in *NV en BVBA na de wet van 18 juli 1991*, Kalmthout, Biblo, 1992, 55-94.



- NOELS, D., *De commissionair expediteur* in *Bibliotheek Handelsrecht Larcier*, Brussel, Larcier, 2006, 263p.
- *Pand. b.*, v° Acte sous seing privé
- *Pand. b.*, v° Clause accessoire
- *Pand. b.*, v° Clause de style
- *Pand. b.*, v° Concurrence illicite
- *Pand. b.*, v° Nullités
- *Pand. b.*, v° Secret
- PAPIER-JAMOULLE, M., “Droit et pouvoir de résiliation unilatérale dans le louage de services” (noot onder Cass. 16 oktober 1969), *RCJB* 1970, 530-547.
- PARREIN, F., “Het bijkantoor van een buitenlandse vennootschap, de statutaire doeloverschrijding en de derdemedeplichtigheid aan andermans contractbreuk” (noot onder Luik 28 juni 2007), *TRV* 2009, 750-767.
- PARREIN, F., “Kan een rechtspersoon worden gestalkt? Enkele bedenkingen over het privéleven en de rust van een rechtspersoon” (noot onder GwH 10 mei 2007), *TRV* 2007, 341-345.
- PASCARIELLO, R., “De actio de in rem verso bij de indirecte verrijking” (noot onder Gent 24 september 1997), *AJT* 1998-99, 63-64.
- PASCARIELLO, R., “Het tenietgaan van overeenkomsten”, *Limb. Rechtsl.* 1995, 207-230.
- PATERNOSTRE, B., “Préavis et dispense de prestations”, *Or.* 2005, 2-12.
- PAUWELS, C., “De aansprakelijkheid van de vestiairehouder”, *RW* 1988-89, 137-144.
- PAUWELS, C., *Contractuele aansprakelijkheid voor hulppersonen of uitvoeringsagenten*, Antwerpen, Maklu, 1995, 482p.
- PELTZER, L., *Conventionele overdracht van ondernemingen* in *Sociale praktijkstudies*, Mechelen, Kluwer, 2007, 236p.
- PENARD, M., “Recherche d’une définition du groupe” in *Les groupes de sociétés*, den Haag, Martinus Nijhoff, 1973, 55-60.
- PHILIPPE, D. en CHAMMAS, M., “L’opposabilité des conditions générales” in VANWIJCK-ALEXANDRE, M. en WERY, P. (eds.), *Le processus de formation du contrat*, Brussel, Larcier, 2004, 193-328.
- PHILIPPE, D. en RUWET, C., “Les clauses mettant fin au contrat” in *Les grandes clauses des contrats internationaux*, Brussel, Bruylant, 2005, 235-322.
- PHILIPPE, D., “Les clauses de *best efforts*: analyse de la jurisprudence anglo-saxonne et interprétation des clauses en droit civil” in *Liber Amicorum Guy Horsmans*, Brussel, Bruylant, 2004, 905-941.
- PHILIPSEN, G., “Art. 7 Decr. D’Allarde”, *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, maart 2007, losbl.
- PLASMANS, J., PAUWELS, W. en THEWYS, Th., “O&O-Investeringsgedrag en octrooigedrag in de VS en enkele Europese kernlanden” in DE BONDT, R. en

VEUGELERS, R. (eds.), *Informatie en kennis in de economie*, Leuven, Universitaire Pers, 1998, 213-237.

- PLASSCHAERT, E., “La pérennisation du capital humain de l’entreprise au moyen de clauses contractuelles” in NEVEN, J.-F. en CORNU, E. (eds.), *Le patrimoine intellectuel de l’entreprise*, Brussel, Larcier, 2010, 149-183.
- POTTIER, E. en CULOT, L., “Droit à l’information et pouvoir d’investigation des administrateurs” in CAPRASSE, O. (ed.), *Preuve et information dans la vie des sociétés*, Brussel, Larcier, 2010, 281-310.
- POUDRET, J.-F. en BESSON, S., *Droit comparé de l’arbitrage international*, Brussel, Bruylant, 2002, 1179p.
- POULLET, Y., “Les documents de la période préparatoire. Leur valeur juridique” in *Le droit des ‘contrats informatiques’. Principes – Applications*, Brussel, Larcier, 1983, 157-192.
- RAUWS, W. en SCHYVENS, H., “De bescherming van werknemersgrondrechten binnen de individuele arbeidsverhouding” in RIMANQUE, K. (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 147-241.
- REMICHE, B. en CASSIERS, V., *Droit des brevets d’invention et du savoir-faire*, Brussel, Larcier, 2010, 742p.
- RENARD, A., *La prohibition de l’engagement à vie, de la condamnation du servage à la refondation du licenciement*, Brussel, Bruylant, 2009, 445p.
- RENARD, C. en VIEUJEAN, E., “Nullité, inexistance et annulabilité en Droit civil belge”, *Ann. Fac. dr. Liège* 1962, 243-294.
- RENARD, C., [Exposé introductif général sur les clauses de non responsabilité], *Act. Dr.* 1959, 442-460.
- RENARD, C., VIEUJEAN E., en HANNEQUART, Y., “La notion d’obligation, la formation des contrats et la capacité des parties contractantes” in *Les Nouvelles. Droit Civil*, IV.1, Brussel, Larcier, 1957, 807p.
- RIGAUX, F., “Annulation, nullité et inexistance des actes juridiques en droit judiciaire privé belge”, *JT* 1962, 397-401.
- RIGAUX, F., “L’autonomie de la clause compromissoire en droit belge”, *Ann.dr.sc.p.* 1961, 215-242.
- RIGAUX, M. en HUMBLET, P., “Ontslagmacht, ontslagrecht en vastheid van betrekking: een systeem”, *RW* 1988-89, 729-743.
- RIJCKAERT, O., “La concurrence déloyale de l’ancien salarié et la protection des bases de données produites par l’employeur” in *Les 30 ans de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail*, Brussel, JBB, 2008, 207-238.
- RIMANQUE, K. en PEETERS, P., “De toepasselijkheid van grondrechten in de betrekkingen tussen private personen. Algemene probleemstelling” in RIMANQUE, K. (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 1-33.

- ROELS, F., “Praktijkvoorbeeld van een niet gereguleerd geval: verkoop van een onderneming (“dataroom”)” in *Tendensen in het bedrijfsrecht*, Brussel, Bruylant 2006, 37-84.
- ROMAIN, J.-F., “L’ordre public (notion générale) et les droits de l’homme” in *L’ordre public concept et applications*, Brussel, Bruylant, 1995, 5-61.
- RONSE, J., “Gerechtelijke conversie van nietige rechtshandelingen”, *TPR* 1965, 199-227.
- RONSE, J., “Marginale toetsing in het privaatrecht”, *TPR* 1977, 207-227.
- *RPDB*, v° Bail en général
- *RPDB*, v° Contrat et convention en général
- *RPDB*, v° Obligations
- *RPDB*, v° Quasi-contrat
- *RPDB*, v° Responsabilité
- *RPDB*, v° Secret professionnel
- *RPDB*, v° Transaction
- RUTSAERT, J., “Législation et jurisprudence belges en matière de responsabilité civile du fait des produits”, *De Verz.* 1979, 309-332.
- RUTTEN, S., “Beginselen van behoorlijke bewijsvoering in het burgerlijk proces: enkele aandachtspunten” in DE BOECK, A., STIJNS, S. en VAN RANSBEECK, R. (eds.), *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, die Keure, 2009, 21-40.
- SAELENS, F. en GALAND, C., “Klokkenluidersregelingen binnen de Europese Unie”, *Or.* 2006, 163-175.
- SAGAERT, V., *Parking- en garagecontracten: praktijkgerichte studie*, Brugge, die Keure, 2001, 207p.
- SAGAERT, V., “Wat als het vermogen gaat schuiven? Casuïstiek rond zaakwaarneming, onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking” in *Themis. Vormingsonderdeel 41*, Brugge, die Keure, 2007 71-93.
- SAMOY, I., “La dissolution des contrats multipartites” in *Questions spéciales en droit des contrats*, Brussel, Larcier, 2010, 195-216.
- SAMOY, I., “Nietigheid van een samenhangende overeenkomst: is er ruimte voor een sneeuwbal effect?”, *TPR* 2008, 555-602.
- SAMOY, I., *Middellijke vertegenwoordiging*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 762p.
- SCHELHAAS, H., “Opzegbeding versus strafbeding”, *TBBR* 2005, 102-109.
- SCHIKS, A. en VANISTERBEEK, A., *Traité-formulaire de la pratique notariale*, I, Leuven, Fonteyn, 1924, 890p.
- SCHRANS, G., “De progressieve totstandkoming der contracten”, *TPR* 1984, 1-32.
- SCHRANS, G., “Juridische problematiek van de aanwending van research in de onderneming”, *RW* 1972-73, 1810-1828.

- SCHRANS, G., “The protection of know-how under Belgian law” in COHEN JEHORAM, H. (ed.), *The protection of know-how in 13 countries*, Deventer, Kluwer, 1972, 1-11.
- SCHUERMANS, F., “Antigoon geen vrijgeleide voor onbehoorlijk politieoptreden: trekt cassatie de teugels aan?” noot onder Cass. 23 september 2008, *T. Strafr.* 2009, 152-158.
- SCHUERMANS, F., “Antigoon-rechtspraak nu definitief in de fase van de rustige vastheid” (noot onder EHRM 28 juli 2009), *RABG* 2010, 17-24.
- SELLESLAGS, K., *Inbreng en overdracht van bedrijfstuk en algemeenheid : aspecten van vennootschapsrecht*, Brussel, Larcier, 2004, 229p.
- SIMONT, L., “L’administrateur d’une société anonyme agissant isolément a-t-il un droit d’investigation individuelle?”, *RPS* 1963-64, 189-203.
- SIMONT, L., “Le devoir d’information. Sanctions et responsabilités” in *L’entreprise et ses devoirs d’information en matière économique et sociale*, Brussel, Bruylant, 1979, 355-383.
- SMETS, A., *Vrijheid van meningsuiting van de werknemer in Advocatenpraktijk*, Mechelen, Kluwer, 2002, II dln.
- STAROSSELETS, T., “Offre et acceptation: principes et quelques questions spéciales” in *Le processus de formation du contrat*, Luik, CUP, 2004, 5-71.
- STEENNOT, R., “Betaling” in *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 23 november 2006, losbl.
- STEENNOT, R., *Elektronisch betalingsverkeer: een toepassing van de klassieke principes*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 751p.
- STEVENS, O., “De kortgedingrechter en de eenzijdige beëindiging van een kredietovereenkomst van bepaalde duur”, *Bank Fin. R.* 2002, 288-297.
- STEYAERT, J., DE GANCK, C. en DE SCHRIJVER, L., *Arbeidsovereenkomst in APR*, Brussel, Story-Scientia, 1990, 822p.
- STICHELBAUT, J., MONTERO, E., RORIVE, I. en GOBIED, J-Ph., “II.1.4 Négociation et formation du contrat”, *Obligations. Traité théorique et pratique*, Brussel, Kluwer, oktober 2007, losbl.
- STIJNS, S. en SAMOY, I., “La confiance légitime en droit des obligations” in STIJNS, S. en WERY, P. (eds.), *De bronnen van niet-contractuele verbintenissen*, Brugge, die Keure, 2007, 47-98.
- STIJNS, S. en VAN LIEMPT, F., “Derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk” in SAGAERT, V. en LAMBRECHT, D. (eds.), *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 37-84.
- STIJNS, S., “Contractanten en derden: derde-medeplichtigheid en actio pauliana, sterkmaking en schijnverteenwoordiging, derdenbegunstiging” in *Themis. Vormingsonderdeel 41*, Brugge, die Keure, 2007, 25-50.
- STIJNS, S., “Contractualisering van sancties in het privaatrecht, inzonderheid bij contractuele wanprestatie”, *RW* 2001-02, 1258-1286.

- STIJNS, S., “De beëindiging van de kredietovereenkomst: macht en onmacht van de (kort geding-) rechter”, *TBH* 1996, 102-167.
- STIJNS, S., “De buitengerechtelijke ontbinding wegens wanprestatie in wederkerige overeenkomsten: door het Hof van Cassatie erkend, doch tegelijk miskend”, *TBBR* 2003, 258-272.
- STIJNS, S., “De leer der onrechtmatige bedingen na de wet van 7 december 1998”, *TBH* 2000, 148-169.
- STIJNS, S., “De opschortende voorwaarde in de onroerende koop: de notariële praktijk tegen het licht gehouden van de recente rechtspraak en rechtsleer”, *Not.Fisc.M.* 2008, 77-102.
- STIJNS, S., “La dissolution du contrat par un acte unilatéral en cas de faute dans l’inexécution ou de vice de formation” in *La volonté unilatérale dans le contrat*, Brussel, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 2008, 325-426.
- STIJNS, S., “Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming” in SMITS, J. en STIJNS, S. (ed.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 225-264.
- STIJNS, S., *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, 706p.
- STORME, M. E., “De exceptio non adimpleti contractus als uitlegvraag. Uitwerking van enkele aspecten in de verhouding tussen partijen, meer bepaald evenredigheid en volgorde van de prestaties en bewijslast”, *RW* 1989-90, 313-324.
- STORME, M., “Voorwoord – Dertig jaar leven met de dwangsom” in *Tien jaar toepassing van de dwangsom*, Brussel, Creadif, 1991, 5-9.
- STORME, M., *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1962, 475p.
- STORME, M.E., “Bewijs- en verbintenisrechtelijke beschouwingen omtrent het stilzitten van de aangesprokene bij een factuur en bij andere vormen van aanspraakbevestiging”, *TBH* 1991 463-503.
- STORME, M.E., “De bepaling van het voorwerp van een verbintenis bij partijbeslissing”, *TPR* 1988, 1259-1297.
- STORME, M.E., “De invloed van de goede trouw op de contractuele schuldvorderingen”, *RW* 1989-90, 137-141.
- STORME, M.E., “De totstandkoming van overeenkomsten (inbegrepen vertegenwoordiging) in de beginselen van Europees overeenkomstenrecht en het Belgische recht” in *Liber Amicorum Jacques Herbots*, Mechelen, Kluwer, 2002, 423-441.
- STORME, M.E., “Het contractbegrip op diëet?”, *TPR* 2008, 305-320.
- STORME, M.E., “Strijdige standaardvoorwaarden: ‘wie laatst lacht, lacht niet altijd best’” (noot onder Kh. Gent 24 april 1990), *TBH* 1991, 557-559.
- STORME, M.E., *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen: een onderzoek betreffende rechtsgrondslag, tekortkoming en rechtsverwerking bij overeenkomsten*, Brussel, Story-Scientia, 1990, 544p.

- STRUBBE, R., “De voorzitter in kort geding en de eenzijdige opzegging wegens grove tekortkomingen in de naleving van de concessieovereenkomsten” (noot onder Antwerpen 19 augustus 1987), *RW* 1988-89, 751-754.
- SWAENEOEL, E., “Bedingen over de exceptie van niet-uitvoering” in S. STIJNS (ed.), *Contractuele clausules rond de (niet-)uitvoering en de beëindiging van contracten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 133-155.
- SWENNEN, H., noot onder Antwerpen 13 september 1979, *RW* 1979-80, 2009.
- SWENNEN, R., “De oneerlijke concurrentie in het arbeidsrecht”, *Soc. Kron.* 1985, 1-7.
- TAQUET, M. en WANTIEZ, C., *Congé, préavis, indemnité*, I, Brussel, Pruvez, 1975, 297p.
- TAQUET, M. en WANTIEZ, C., noot onder Cass. 15 april 1982, *JTT* 1982, 349-350.
- TAQUET, M., noot onder Cass. 22 november 1957, *JT* 1960, 190-191.
- TAQUET, M., noot onder Wrr. Ber. Brussel 9 juli 1959, *JT* 1960, 580.
- TAVERNE, M. en VAN RUYMBEKE, M., “Les clauses relatives à l’opposabilité et à la formation du contrat dans les conditions générales” in *La rédaction des conditions générales contractuelles*, Gent, Story-Scientia, 1985, 7-22.
- TAYMANS, J.-F., “Le secret professionnel du notaire face aux oppositions extrajudiciaires, aux saisies-arrêts et aux cessions de créance” in STERCKX, D. en LEDOUX, J.-L. (eds.), *Mélanges offerts à Roland De Valkeneer*, Brussel, Bruylant, 2000, 467-483.
- THIELMAN, V., “Juridische problematiek van de oneerlijke concurrentie gepleegd door (ex-)werknemers / - zelfstandige medewerkers / -(werkende) vennoten”, *DAOR* 1990, afl. 17, 43-70.
- THUNIS, X., “La suspension du contrat” in WERY, P. (ed.), *La fin du contrat*, Luik, CUP, 2001, 43-75.
- TILLEMAN, B., “L’obligation au secret et la discrétion des administrateurs des sociétés”, *JT* 1993, 549-555 en *TRV* 1992, 277-289.
- TILLEMAN, B., “Sekwester” in TILLEMAN, B. en VERBEKE, A. (eds.), *Knelpunten dienstencontracten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 97-195.
- TILLEMAN, B., “Statutaire variaties inzake overdrachtsbeperkingen bij niet-publieke vennootschappen” in *Knelpunten van dertig jaar vennootschapsrecht*, Kalmthout, Biblo, 1999, 523-611.
- TILLEMAN, B., “Volmacht en sterkmaking bij oprichting van vennootschappen”, *Not. Fisc. M.* 2004, 99-129.
- TILLEMAN, B., *Bestuur van vennootschappen* in *Recht en onderneming*, Brugge, die Keure, 2005, 806p.
- TILLEMAN, B., CLAEYS, I., COUDRON, CH. en LOONTJENS, K., *Dading* in *APR*, Antwerpen, Story-Scientia, 2000, 563p.
- TILLEMAN, B., *Het statuut van de commissaris* in *Recht en Onderneming*, Brugge, die Keure, 2007, 220p.
- TILLEMAN, B., *Ontbinding van vennootschappen*, Kalmthout, Biblo, 1997, 274p.

- TILLEMAN, B., *Overeenkomsten. 2: Bijzondere overeenkomsten. A: Verkoop. 1: Totstandkoming en kwalificatie van de koop in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, Story Scientia, 2000, 680p.
- TUMMERS, A., “Comment résoudre le conflit entre les conditions générales du vendeur et celles de l’acheteur”, *Ann. Fac. Dr. Liège* 1972, 585-616.
- ULBURGHS, N., “Het niet-concurrentiebeding in overname-overeenkomsten”, *V & F* 1998, 99-108.
- VAN BAEVEGHEM, B., “De paraaf: ‘Slip of the pen’ of geldige handtekening?” (noot onder Cass. 13 mei 2005), *TBBR* 2006, 593-601.
- VAN BRUYSTEGEM, B., “Art. 510 W. Venn.” in *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 15 augustus 2003, losbl.
- VAN BUNNEN, L. “Secret ou divulgation? Le choix entre la protection du savoir-faire et du brevet” in P. VAN CRAESBEECK (ed.), *Problemen van octrooirecht*, Diegem, Story-Scientia, 1994, 43-48.
- VAN BUNNEN, L., noot onder Brussel 6 oktober 1983, *JT* 1984, 136-137.
- VAN CANEGHEM, L., “L’exécution force en nature des conventions de vote dans la société anonyme”, *Rev. Prat. Soc.* 1996, 31-59.
- VAN CANNEYT, T., “Whistleblowing tussen hamer en aambeeld. Het spanningsveld tussen fraude bestrijding en privacybescherming”, *CJ* 2008, 8-15.
- VAN COUTER, Y. en VANBRABANT, B., *Handboek Licentieovereenkomsten in Bibliotheek Handelsrecht Larquier*, Brussel, Larquier, 2007, 392p.
- *Van Dale Grote Woordenboek (14<sup>e</sup> editie)*, v<sup>o</sup> Discretie
- VAN DER BEKEN, P., “Art. 556 W.Venn. (oud art. 17bis Wet 2 maart 1989)” in *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, april 2002, losbl.
- VAN EECKE, P., “Klokkenluiden in het bedrijfsleven: privacyaspecten”, *DAOR* 2010, 21-39.
- VAN EECKHOUTTE, W., “De goede trouw in het arbeidsovereenkomstenrecht: een aanzet tot herbronning en reïntegratie”, *TPR* 1990, 971-1092.
- VAN ENIS, Q., “L’opposabilité des conditions générales *off-line* et *on-line*: de la suite dans les idées?” in *Les conditions générales. Questions particulières*, Louvain-la-neuve, Anthemis, 2009, 9-36.
- VAN GERVEN, W. en COVEMAEKER, S., *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco 2006, 719p.
- VAN GERVEN, W. en STIJNS, S., *Verbintenissenrecht, III, De verbintenis in het algemeen*, Leuven, Acco 2000, 351-582.
- VAN GERVEN, W., “The concept of provisional validity: the doctrine of nullity refined” in *Ius privatum gentium. Festschrift für Max Rheinstein*, II, Mohr, Tübingen, 1969, 505-522.
- VAN GERVEN, W., *Algemeen Deel* in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Brussel, Story Scientia, 1987, 519p.

- VAN HECKE, G., GOTZEN, F. en VAN HOOF, J., “Overzicht van rechtspraak industriële eigendom, auteursrecht 1975-1990”, *TPR* 1990, 1781-1932.
- VAN HERREWEGE, V., “Wasdom van de dwangsom”, *Rec. Cass.* 1994, 319-320.
- VAN HOOGHTEN, P., “Acquisitieovereenkomsten”, *DAOR* 1990, afl. 16, 59-78.
- VAN HOUTTE, H., “De internationalisatie van de openbare orde”, *Liber amicorum Walter Van Gerven*, Deurne, Kluwer, 2000, 166-182.
- VAN HOUTTE, H., COX, K. en COOLS, S., “Overzicht van rechtspraak: Arbitrage (1972-2006)”, *TBH* 2007, 111-157.
- VAN HOUTTE, J., “De vrijheid van den handel en het economisch recht”, *RW* 1935-36, 1319-1338.
- VAN LENNEP, R., *De geheimhouding*, Antwerpen, Standaard, 1950, 271p.
- VAN LEUVEN, N., *Contracten en mensenrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 581p.
- VAN MALDEREN, G., DEENE, J. en MARCHAND, K., “§4 Oorzaak” in *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, losbl.
- VAN MENSEL, A., “De bescherming van fabrieksgeheimen of technische know-how naar Belgisch recht”, *RW* 1982-83, 2002-2022.
- VAN NISPEN, C., “Winstafgifte naar Nederlands en Beneluxrecht” in *Liber amicorum Ludovic De Gryse*, Brussel, Larcier, 311-320.
- VAN OEVELEN, A., “De contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid van de werknemer in het raam van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst” in RIGAUX, M. (ed.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 111-172.
- VAN OEVELEN, A., “De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werknemer en van de werkgever voor de onrechtmatige daden van de werknemer in het raam van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst”, *RW* 1987-88, 1168-1205.
- VAN OEVELEN, A., “De contractuele versus de reglementaire rechtsverhouding tussen openbare nutsbedrijven en hun gebruikers, en de rechterlijke toetsing van de in die rechtsverhouding gehanteerde exonatieclausules” (noot onder Cass. 4 december 2000), *RW* 2002-03, 1578-1583.
- VAN OEVELEN, A., “De eenzijdige wijziging en beëindiging van de verzekeringsovereenkomst door de verzekeraar: bestaat er een recht op behoud van een verzekering?”, *RW* 2003-04, 1081-1097.
- VAN OEVELEN, A., “De nietigheid van de overeenkomst” in *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 1 juli 2008, losbl.
- VAN OEVELEN, A., “Schorsing van verbintenissen en overeenkomsten krachtens de exceptie van niet-uitvoering en het retentierecht” in *Schorsing van verbintenissen en overeenkomsten*, Brugge, die Keure, 2010, 17-56.
- VAN OMMESLAGHE, P., “‘L’aveu’. Evolution récente de la jurisprudence et de la doctrine” in *La preuve*, Colloquium 12 en 13 maart 1987, UCL, 1-23.



- VAN OMMESLAGHE, P., “Examen de jurisprudence (1968 à 1973) – Les obligations”, *RCJB* 1975, 423-736.
- VAN OMMESLAGHE, P., “Examen de jurisprudence (1974 à 1982) – Les obligations (suite)”, *RCJB* 1988, 33-199.
- VAN OMMESLAGHE, P., “Examen de jurisprudence (1974 à 1982). Les obligations”, *RCJB* 1986, 32-259.
- VAN OMMESLAGHE, P., “L’acquisition du contrôle d’une société anonyme et l’information de l’acquéreur” in *Mélanges Roger O. Dalcq*, Brussel, Larcier, 1994, 591-610.
- VAN OMMESLAGHE, P., “La proposition de troisième directive sur l’harmonisation des fusions de sociétés anonymes” in ZONDERLAND, P. (ed.), *Quo Vadis, Ius Societatum? Liber amicorum Pieter Sanders*, Deventer, Kluwer, 1972, 123-150.
- VAN OMMESLAGHE, P., “La sanction de l’inexécution du contrat” in *Les obligations contractuelles*, Brussel, Jeune barreau, 1984, 201-254.
- VAN OMMESLAGHE, P., “La transmission des obligations en droit positif belge” in *La transmission des obligations*, Brussel, Bruylant, 1980, 81-195.
- VAN OMMESLAGHE, P., “Rechtsverwerking en afstand van recht”, *TPR* 1980, 735-791.
- VAN RANSBEECK, R., “De opzegging”, *RW* 1995-96, 345-361.
- VAN RANSBEECK, R., “Hoofdstuk 12. Schorsing en beëindiging van overeenkomsten” in *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 1 januari 2005, losbl.
- VAN RANST, N., “Geheimhoudingsovereenkomst” in *Bijvoorbeeld. Modellen voor het bedrijfsleven*, Antwerpen, Kluwer, IV.425.
- VAN RYN, J. en HEENEN, J., *Principes de droit commercial belge*, II, Brussel, Bruylant, 1957, 549p.
- VAN RYN, J. en HEENEN, J., *Principes de droit commercial belge*, III, Brussel, Bruylant, 1981, 709p.
- VAN RYN, J. en HEENEN, J., *Principes de droit commercial belge*, IV, Brussel, Bruylant, 1988, 885p.
- VAN RYN, J., “Les clauses de non-responsabilité. Etude de quelques restrictions à leur validité”, *RGAR* 1931, 703.
- VAN STEENBERGE, J., “Het niet bedongen concurrentieverbod bij de overdracht van een handelszaak”, *Jura Falconis* 1965-66, 88-95.
- VAN UYTVANCK, J., “L’entreprise et son devoir permanent d’information vis-à-vis des actionnaires. Des lois coordonnées sur les sociétés commerciales (1935) à la loi du 24 mars 1978” in *L’entreprise et ses devoirs d’information en matière économique et sociale*, Brussel, Bruylant, 1979, 105-122.
- VAN WASSENHOVE, S., “La renonciation en droit du travail”, *JTT* 2007, 409-416.
- VANACHTER, O., “Fabrieksgeheimen, zakengeheimen en vastheid van betrekking” in DERYCKE H. en VAN HOOGENBEMT, H. (eds.), *Vechten om talent*, Brugge, die Keure, 2002, 53-73.

- VANACKERE, C., SWERTS, K. en VEGA LEON, M.-A., “De eenzijdige wilsuiking” in *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2006, losbl.
- VANDEKERCKHOVE, K., “Enkele bemerkingen over staatsondernemingen, doorbraak van aansprakelijkheid en toepasselijk recht” (noot onder Gent 5 december 2001), *TRV* 2002, 376-384.
- VANDEKERCKHOVE, K., “Vereenzelviging en het doorbreken van de rechtssubjectiviteit van verbonden vennootschappen” (noot onder Voorz. Arrondrb. Alkmaar 24 oktober 1996), *TRV* 2000, 275-283.
- VANDEKERCKHOVE, K., *Piercing the Corporate Veil*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2007, 765p.
- VANDEN BERGHE, O., “De keuze van de schuldeiser voor de uitvoering in natura boven de ontbinding van de overeenkomst” (Kh. Brussel 21 juni 1999), *AJT* 1999-2000, 511-516.
- VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE M. en WYNANT, L., “Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad 1985-1993”, *TPR* 1995, 1115-1534.
- VANDEPUTTE, R., “Enkele beschouwingen betreffende de bindende kracht van de overeenkomst” in *Liber Amicorum J. Van Houtte*, Brussel, Elsevier, 1975, 1023-1035.
- VANDEPUTTE, R., *De overeenkomst*, Brussel, Larcier, 1977, 462p.
- VANDEPUTTE, R., *Beginnselen van nijverheidsrecht*, Bruylant, Brussel, 1938, 346p.
- VANDERSCHOT, K. en VERMANDER, F., “Beëindiging en schorsing van de (bank)overeenkomst en sluiting van de (zicht)rekening” in TISON, M. en BUYLE, J.-P. (eds.), *Algemene bankvoorwaarden*, Brussel, Bruylant 2005, 435-541.
- VANDERSCHOT, K., “De sanctionering van abusieve partijbeslissingen genomen bij contractuele wanprestatie: de verschillende gedaantes van de matigende werking van de goede trouw”, *TBBR* 2005, 87-99
- VANDERSCHOT, K., “Instemming met algemene voorwaarden: kennisname- en aanvaardingsclausules” in STIJNS, S. en VANDERSCHOT, K. (eds.), *Contractuele clausules rond de (niet-)uitvoering en de beëindiging van contracten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 1-39.
- VANHOUDT, P., “De rol van kennis in het proces van economische groei: de neoklassieke en nieuwe benadering” in DE BONDT, R. en VEUGELERS, R. (eds.), *Informatie en kennis in de economie*, Leuven, Universitaire Pers, 1998, 47-65.
- VANNES, V., *Le contrat de travail: aspects théoriques et pratiques*, Brussel, Bruylant, 2003, 957p.
- VANTHOURNOUT, J., *Het arbeidsreglement* in *Collectie bedrijfsrecht*, Brugge, Vanden Broele, 2007, 320p.
- VEECKMANS, B., “Over de eenzijdige opzegging van een aannemingsovereenkomst voor onbepaalde duur en het verschil met artikel 1794 BW”, *RABG* 2003, 668-672.
- VELAERS, J., *De beperkingen van het recht op vrije meningsuiking*, Antwerpen, Maklu, 1991, I, 389p.

- VERBRUGGE, F., “Les particularités du contrat à durée déterminée”, *Ors.* 2006, 18-27.
- VERCAMMEN-VAN DEN VONDER, V., “Het engineeringcontract: nieuw contractspatroom van een industriële maatschappij”, *TPR* 1980, 831-856.
- VERHELST, I., DE HERT, P. en GUTWIRTH, S., “Cassatie en geheime camera's: meer gaten dan kaas” (noot onder Cass. 27 februari 2001), *Pan.* 2001, 309-318.
- VERHEYDEN-JEANMART, N., “La charge de la preuve” in *La preuve*, Colloquium 12 en 13 maart 1987, UCL, 1-62.
- VERLEISDONK, Y., JANSSENS, E. en WILKENHUYSEN, M., *Due diligence in Bibliotheek Handelsrecht Larquier*, Brussel, Larquier, 2007, 163p.
- VERMANDER, F., “Bedingen over de duur van het contract, zijn voortzetting en zijn opzegging” in STIJNS, S. en VANDERSCHOT, K., *Contractuele clausules rond de (niet-)uitvoering en de beëindiging van contracten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 227-266.
- VERMANDER, F., “De aanvullende werking van het beginsel van de uitvoering te goeder trouw van contracten in de 21ste eeuw: inburgering in de rechtspraak, weerspiegeling in de wetgeving en sanctionering” (noot onder Bergen 10 juni 2002 en Bergen 2 juni 2003), *TBH* 2004, 572-582.
- VERMANDER, F., “De interpretatie en aanvulling van een overeenkomst naar Belgisch recht” in SMITS, J. en STIJNS, S. (eds.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 21-45.
- VERMANDER, F., “De schorsingsbevoegdheid van de (kortgeding)rechter in contractuele aangelegenheden” in *Schorsing van verbintenissen en overeenkomsten*, Brugge, die Keure, 2010, 181-217.
- VEROUGSTRAETE, I., “Wil en vertrouwen bij het totstandkomen van overeenkomsten”, *TPR* 1990, 1163-1202.
- VINCENT, B.-H., “Vers une déontologie de l’ancien salarié” (noot onder Voorz. Arbrb. Brussel 5 januari 2001), *JTT* 2001, 335.
- VON KUEGELGEN, M., “Réflexions sur le régime des nullités et des inopposabilités” in *Les obligations contractuelles*, Brussel, Editions du jeune barreau de Bruxelles, 2000, 569-628.
- VOORHOOF, D., “Het Europese ‘First Amendment’ De staatsburgse jurisprudentie over artikel 10 EVRM”, *Mediaforum* 2004, 106-116 (deel 1) en 186-201 (deel 2).
- WAGNER, K., *Dwangsom in APR*, Mechelen, Kluwer, 2003, 225p.
- WALSCHOT, F., “Confidentialiteitsclausules” in *Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2004, 125-146.
- WALSCHOT, F., “Nietigheidsclausules” in *Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2004, 147-150.
- WANTIEZ, C., *Les clauses de non-concurrence et le contrat de travail*, Brussel, Larquier, 2001, 110p.
- WARGEE, I., “‘Non-disclosure agreement’ voor niet-specialisten: valkuilen van vertrouwelijkheidscontracten”, *CJ* 2010, 71-75.

- WAUTERS, M., “De overdracht van verbintenissen *intuitu personae* bij fusie, splitsing en inbreng van algemeenheid of bedrijfstak”, *TRV* 2004, 245-249.
- WERY, P., “‘Partijbeslissing’ et règlement d’un concours” (noot onder Luik 11 juni 1996), *JLMB* 1997, 1525-1527.
- WERY, P., “L’acte unilatéral destiné à mettre fin à une convention en l’absence de faute de l’autre partie”, *La volonté unilatérale dans le contrat*, Brussel, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 2008, 255-324.
- WERY, P., “L’exception d’inexécution dans la jurisprudence de la Cour de cassation” (noot onder Cass. 21 november 2003), *TBBR* 2006, 40-43.
- WERY, P., “La résolution unilatérale des contrats synallagmatiques, enfin admise?”, *RCJB* 2004, 300-348.
- WERY, P., “Les sanctions de l’inexécution des obligations contractuelles” in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Brugge, de Keure, 2004, 287-352.
- WERY, P., “Nullité, inexistence et réputé non écrit” in WERY, P. (ed.), *La nullité des contrats*, Brussel, Larcier, 2006, 7-32.
- WERY, P., “Vue d’ensemble sur les causes d’extinction des contrats” in WERY, P. (ed.), *La fin du contrat*, Luik, CUP, 2001, 5-42.
- WERY, P., *Droit des obligations*, I, *Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2010, 927p.
- WERY, P., *L’exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, Brussel, Kluwer, 1993, 421p.
- WILLEMART, M., “La résiliation du contrat d’agence autonome”, *JT* 1981, 617-620.
- WILLEMS, A. en BUYLE, J.-P., “Les usages en droit bancaire”, *DAOR* 1990, afl. 17, 73-92.
- WILLEMS, A., “Conditions générales bancaires” in TISON, M. en BUYLE, J.-P. (eds.), *Algemene Bankvoorwaarden*, Brussel, Bruylant, 2005, 16-69.
- WYLLEMAN, B., “Het verband van wederkerigheid tussen verbintenissen als toepassingsvoorwaarde voor de exceptio non adimpleti contractus” (noot onder Cass. 8 september 1995), *R. Cass.* 1996, 86-89.
- WYVEKENS, A., “Observations sur l’obligation de ne pas faire”, *Ann. Dr. Louvain* 1995, 319-349.

## Duitsland

- BAUER, M., “Technologie-Transfer-Verträge – Struktur und typische Probleme” in NICKLISCH, F. (ed.), *The Complex Long-Term Contract*, Heidelberg, F. Müller, 1987, 207-224.
- BAUMBACH, A., HOPT, K. en MERKT, H., *Handelsgesetzbuch*, München, Beck, 2010, I, § 346 *Handelsbräuche*.

- BLOCHING, M. en ORTOLF, D., "Schriftformklauseln in der Rechtsprechung von BGH und BAG – Zukunfts- oder Auslaufmodell, insbesondere beim Schutz gegen betriebliche übungen?", *NJW* 2009, 3393-3397.
- BRUNS, R., "Recht und Pflicht als Korrespondenzbegriffe des Privatrechts" in *Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag*, Wenen, Beck, 1965, I, 3-21.
- BUNDESMINISTER DER JUSTIZ, *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Keulen, Bundesanzeiger, 1981, I, 1048p.
- DE LOUSANOFF, O., "Neues zur Wirksamkeit des Eigentumsvorbehaltes bei kollidierenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen", *NJW* 1985, 2921.
- DEL CARMEN MOLA GALVAN, M., *Der zivilrechtliche Schutz von Betriebsgeheimnissen - zur Haftung von Arbeitnehmern – im deutschen und spanischen Recht*, Konstanz, Hartung-Gorre, 2001, 255p.
- DEPENHEUER, F., *Zulässigkeit und Grenzen der Verwertung von Unternehmensgeheimnissen durch den Arbeitnehmer*, Inaugural Dissertation Köln, 1995, 124p.
- EBEL, H., "Die Kollision Allgemeiner Geschäftsbedingungen", *NJW* 1978, 1033.
- ERNST, B., *Der Schutz des Betriebsgeheimnisses nach Vertragsende*, Inaugural Dissertation Köln, 1961, 98p.
- HARTUNG, A., *Geheimnisschutz und Whistleblowing im deutschen und englischen Recht*, Saarbrücken, Müller, 2006, 246p.
- HELMS, T., *Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, 526p.
- HORN, N., "Vertragsdauer" in *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Keulen, Bundesanzeiger, 1981, I, 553-645.
- KORTUNAY, A., *Patentlizenzen- und Know-How-Verträge im deutschen und europäischen Kartellrecht*, Inaugural-Dissertation Universität Köln, 2003, 255p.
- KURZ, P., *Vertraulichkeitsvereinbarungen*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2004, 326p.
- LINGEMANN, S. en GOTHAM, M., "Doppelte Schriftformklausel – gar nicht einfach!", *NJW* 2009, 268-272.
- LUDWIG, K., *Der Vertragsschluss nach UN-Kaufrecht im Spannungsverhältnis von Common law und Civil law*, Frankfurt am Main, Lang, 1994, 445p.
- LUKES, R., VIEWEG, K. en HAUCK, E., *Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen in ausgewählten EG-Staaten*, Berlin, Duncker & Humblot, 1986, 526p.
- MAIER, A., *Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im schwedischen, englischen und deutschen Recht*
- MEHRINGS, J., "Vertragsabschluss im Internet – Eine neue Herausforderung für das 'alte' BGB", *MMR* 1998, 30.
- MICHALSKI, L., "Schriftformklauseln in Individual- und Formularverträgen", *DSiR* 1998, 771-780.

- MICHALSKI, L. en ROMERMANN, V., “Die Wirksamkeit der salvatorischen Klausel”, *NJW* 1994, 886-890.
- MIDDENDORF, P., *Nachwirkende Vertragspflichten*, Freiburg, Universitätsverlag Freiburg, 2002, 207p.
- MOHRING, Ph., “Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse in Wettbewerbs- und Kartellrechtlicher sicht” in *Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag*, Wenen, Beck, 1965, II, 415-432.
- MUMMENTHEY, H., “Vertraulichkeitsvereinbarungen”, *CR* 1999, 651-659.
- OETKER, H., *Das dauerschuldverhältnis und Seine Beendigung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1994, 757p.
- PALANDT, O., *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, München, Beck, 2009, 2955p.
- PLENTZ, F.C., *Der civilrechtliche Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses in Deutschland*, Inaugural Dissertation Universität Marburg, 1914, 89p.
- PLOCH-KUMPF, U., *Der Schutz von Unternehmensgeheimnissen im Zivilprozess unter besonderer Berücksichtigung ihrer Bedeutung in der Gesamtrechtsordnung*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1996, 221p.
- PRUTTING, H., WEGEN, G. en WEINREICH, G., *BGB Kommentar*, Neuwied, Luchterhand, 2008, 3498p.
- REBMAN, K., SÄCKER, F. J. en RIXECKER, R., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2006, I/1, BGB § 125 [Nichtigkeit wegen Formmangels].
- ROLOFF, S., “Vertragsänderungen und Schriftformklauseln”, *NZA* 2004, 1191-1198.
- SCHLECHTRIEM, P., “Kollidierende Geschäftsbedingungen im internationalen Vertragsrecht” in THUME, K.-H. (ed.), *Festschrift für Rolf Herber zum 70. Geburtstag*, Newied, Luchterhand, 1999, 36-49.
- SCHLOBER, Ph., “Effektiver Schutz der Belegschaft durch vertragliche Abwerbverbote”, *BB* 2003, 1382.
- SCHMIDT, K., *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, München, Beck, 2009, V, HGB § 346 [Handelsbräuche].
- SCHUMACHER, R., *Vertragsgestaltung: Systemtechnik für die Praxis*, Zurich, Schulthess, 2004, 854p.
- TAEGER, J., *Die Offenbarung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen*, Baden Baden, Nomos, 1988, 297p.
- UFFMAN, K., *Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, 319p.
- VON AHN, L., BLUM, M., HOPPER, N. en LANGFORD, J., “CAPTCHA: Using Hard AI Problems for Security” in *Advances in Cryptology - EUROCRYPT 2003*, Berlijn, Springer, 2003, 294-311.
- VON STAUDINGER, J., *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. BGB-Synopse 1896-2005*, Berlijn, De Gruyter, 2006, 1248p.

- VON STEBUT, D., *Geheimnisschutz und Verschwiegenheitspflicht im Aktienrecht*, Keulen, Carl Heymanns, 1972, 162.
- VON WERDER, A. en KOST, T., “Vertraulichkeitsvereinbarungen in der M&A-Praxis”, *BB* 2010, 2903-2911.
- WAGNER, G., *Prozessverträge*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, 849p.
- WESTERMANN, H., “Zur Problematik der ‘salvatorischen’ Klausel” in *Festschrift für Philipp Möhring zum 75. Geburtstag*, Wenen, Beck, 1975, 135-150.
- WESTERMANN, I., *Handbuch Know-how-Schutz*, München, Beck, 2007, 271p.
- WIESE, G., “Beendigung und erfüllung von dauerschuldverhältnissen” in *Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag*, Wenen, Beck, 1965, I, 837-850.
- WITZ, C. en BOPP, T., “Best efforts, reasonable care: considérations de droit allemand”, *RDAI* 1988, 1029-1041.
- WODTKE, C., *Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen*, Berlin, Erich Schmidt, 2004, 280p.

#### Frankrijk

- AGOSTINELLI, X., *Le droit à l'information face à la protection civile de la vie privée*, Aix-en-Provence, Librairie de l'université, 1994, 460p.
- ALBORTCHIRE, A., *Le sort des contrats dans les opérations de fusion et de scission de sociétés commerciales*, thesis universiteit Auvergne, 2005, 436p.
- AMIEL-COSME, L., “L'intransmissibilité des contrats de franchise, conclus *intuitu personae*, lors d'un apport partiel d'actif ou d'une fusion-absorption” (noot onder Cass. com. (fr.) 3 juni 2008, *Rev. Soc.* 2009, 339.
- AMRANI-MEKKI, S., “Indivisibilité et ensembles contractuels: l'anéantissement en cascade des contrats”, *Defrénois* 2002, 355.
- AMRANI-MEKKI, S., “La résiliation unilatérale des contrats a durée déterminée”, *Defrénois* 2003, 369.
- ANCEL, M.-E., *La prestation caractéristique du contrat* in *Recherches juridiques*, Parijs, Economica, 2002, 394p.
- ANCEL, P. en COTTIN, M., “L'efficacité procédurale des clauses de conciliation ou de médiation”, *D* 2003, 1386.
- ANCEL, P. en GOUT, O., noot onder 8 oktober 1998, *Rev. Arb.* 1999, 353.
- ANCEL, P., “Force obligatoire et contenu obligationnel”, *RTD Civ.* 1999, 771-810.
- ANDRE, M.-E., DUMONT, M.-P. en GRIGNON, P., *L'après-contrat*, Levallois, Lefebvre, 2005, 340p.
- ANGE, F., *Le secret des affaires*, thesis faculteit rechtsgeleerdheid Toulouse, 1967, 483p.
- ARLIE, D., “Pour une juste conception du porte-fort d'exécution” (noot onder Cass. com. (fr.) 13 december 2005), *D* 2006, 2244.

- ARTZ, J.F., “La suspension du contrat à exécution successive”, *D* 1979, chronique, 95.
- ATIAS, Ch., “Qui s’engage à informer s’oblige, envers le tier sur lesquels l’information est donnée, à ne pas déformer la réalité” (noot onder Cour d’appel Versailles (12<sup>e</sup> kamer) 26 februari 2004), *D* 2004, 1694.
- AUBERT DE VINCELLES, C., “Porte-fort” in *Rép. civ. Dalloz*, september 2005, losbl.
- AUBERT, J.-L., *Notions et rôles de l’offre et de l’acceptation dans la formation du contrat* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1970, 415p.
- AUBRY, C. en RAU, C., *Cours de droit civil francais*, Parijs, Marchal et Billard, 1902, IV, 604p.
- AUBRY, C. en RAU, C., *Cours de droit civil francais*, Parijs, Marchal et Billard, 1922, XII, 745p.
- AUGUET, Y., *Concurrence et clientèle* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 2000, 635p.
- AUGUET, Y., “Au nom de la cause (...), vive la généralisation du critère de proportionnalité!”, *Dr. & Pat.* 2001, 33-39.
- AYNES, L., *La cession de contrat*, Parijs, Economica, 1984, 283p.
- AZEMA, J., *La durée des contrats successifs* in *bibliothèque de droit privé*, Parijs, R. Pichon en R. Durand-Auzias, 1969, 301p.
- AZOULAI, M., “L’élimination de l’intuitus personae dans le contrat” in DURAND, P. (ed.), *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, Parijs, Pichon & Durand-Auzias, 1960, 1-36.
- BACACHE, M., “Contrats et obligations – indivisibilité”, *Rép. Civ. Dalloz*, januari 2009, losbl.
- BACACHE-GIBEILI, M., *La relativité des conventions et les groupes de contrats* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 1996, 360p.
- BARBERIS, M., *La liberté de rompre unilatéralement le contrat*, [www.memoireonline.com](http://www.memoireonline.com), 108p.
- BAUDRY-LACANTINERIE, G., *Traité théorique et pratique de droit civil*, XII, Parijs, Larose et Tenin, 1906, 799p.
- BAUDRY-LACANTINERIE, G., *Traité théorique et pratique de droit civil*, suppl. II, Parijs, Larose et Tenin, 1925, 776p.
- BECKHARD-CARDOSO, J. en DESPLATS, M., “Non concurrence: trois clauses, deux chambres, une question”, *JCP E* 2010, 1157.
- BEHAR-TOUCHAIS, M., “Le choix d’une orientation: punir ou réparer?” in LE GAC-PECH, S. (ed.), *Remédier aux défaillances du contrat*, Brussel, Larcier, 2010, 91-100.
- BENABENT, A., “La prolongation du contrat”, *RDC* 2004, 117.
- BENABENT, A., *Droit civil: les obligations* in *Domat Droit privé*, Parijs, Francis Lefebvre, 2007, 713p.



- BENABENT, A., *Droit civil: les obligations*, Parijs, Montchrestien, 1999, 593p.
- BERARD, P.-Y., “Les fusions à l’épreuve de l’intuitus personae”, *RTD Com.* 2007, 279.
- BERGEL, J.-L., “Les clauses de non concurrence en droit positif français” in *Etudes offertes à Alfred Jauffret*, Aix-Marseille, PUAM, 1974, 21-61.
- BERLIOZ, G., *Le contrat d’adhésion* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 1973, 205p.
- BERNARD, A., *L’arbitrage volontaire en droit privé*, Brussel, Bruylant, 1937, 616p.
- BERTIN, A., *Le secret en matière d’inventions*, Parijs, Tambourinaire, 1965, 157.
- BILLARD, O., *Contribution à l’étude de la durée en droit des contrats*, thesis universiteit Orléans, 2000, 545p.
- BILLIAU, M., GHESTIN, J., JAMIN, C., LABARTHE, F. en VIRASSAMY, G., “Droit des obligations”, *JCP G* 1995, I, 3880.
- BLANCHARD, P., “Les clauses de changement de contrôle, instruments de stabilisation et de sauvegarde”, *RDAI* 2006, 159-196.
- BLANCHARD, P., “Offre et acceptation dans la négociation du contrat international”, *RDAI* 2008, 3-27.
- BLANC-JOUVAN, G., *L’après-contrat*, Aix-Marseille, PUM, 2003, 447p.
- BLIN-FRANCHOMME, M.-P., *Essai sur la notion de contrôle en droit des affaires*, thesis universiteit Toulouse, 1998, 592p.
- BLOUD-REY, C., *Le terme dans le contrat*, Aix-Marseille, PUAM, 2003, 546p.
- BOISMAIN, C., “L’affirmation d’une obligation de respecter un délai de préavis raisonnable” (noot onder Cass. 1<sup>e</sup> civ (fr.) 16 mei 2006), *Petites Affiches* 2006, 18.
- BOILLOT, Ch., “L’obligation de ne pas faire: étude à partir du droit des affaires...”, *RTD Com.* 2010, 243.
- BOUJEKA, A., “La conversion par réduction: contribution à l’étude des nullités des actes juridiques formels”, *RTD Com.* 2002, 223.
- BOULANGER, J., “Usage et abus de la notion d’indivisibilité des actes juridiques”, *RTD Civ.* 1950, 1-17.
- BOURGEON, Ch., “À propos des clauses d’intuitus personae”, *RDC* 2004, 499.
- BOYER, L. “Contrats et conventions”, *Rép. dr. Civ.*, losbl.
- BUHLER, M., “Les clauses de confidentialité dans les contrats internationaux”, *RDAI* 2002 359-387.
- BUJOLI, F., *La durée du contrat*, thesis universiteit Nice-Sophia Antipolis, 2007, 559p.
- CADIET, L. en LE TOURNEAU, P., “Abus de droit”, *Rép. dr. Civ.*, losbl.
- CALVO, J., “Les clauses d’intuitus personae dans les contrats commerciaux”, *Petites Affiches* 1996, 10.
- CAPITANT, H., *Introduction à l’étude du droit civil*, Parijs, A. Pedone, 1927, 423p.

- CARBONNIER, J., *Droit civil 4: Les obligations*, Parijs, PUF, 2000, 665p.
- CASEAU-ROCHE, C., *Les obligations postcontractuelles*, thesis faculteit rechtsgeleerdheid Parijs I, 2001, 553p.
- CASSIN, R., *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non adimpleti contractus); et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, Parijs, Sirey, 1914, 800p.
- CAURA, V., *Secret et contrat*, thesis faculteit rechtsgeleerdheid Rijsel, 2004, 434p.
- CERMOLACCE, A. en PERRUCHOT-TRIBOULET, V., "Fasc. 70 Durée dans les contrats", *JurisClasseur Contrats - Distribution*, 1 oktober 2006, losbl.
- CHAABAN, R., *La caducité des actes juridiques* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 2006, 607p.
- CHABAS, C., *L'inexécution licite du contrat* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 2002, 548p.
- CHABAS, F. en GREAU, F., "Force majeure", *Rép. civ. Dalloz*, avril 2007, losbl.
- CHAPPUIS, Ch., "Les clauses de best efforts, reasonable care, due diligence et les règles de l'art dans les contrats internationaux", *RDAI* 2002, 281-301.
- CHAUVEL, P., "Consentement", *Rep. civ. Dalloz*, avril 2007, losbl.
- CHEMINADE, Y., "Une question toujours actuelle: la nature juridique du congé en matière de louage de choses et de services", *RTD Civ.* 1972, 307-333.
- CLAY, T., "Les contrats gigognes", *D* 2006, 697.
- COIPEL-CORDONNIER, N., *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 1999, 431p.
- COLLART DUTILLEUL, F., "Quelle place pour le contrat dans l'ordonnancement juridique?" in *La nouvelle crise du contrat*, Parijs, Dalloz, 2003, 225-260.
- CONTAMINE-RAYNAUD, M., *L'intuitus personae dans les contrats*, thesis universiteit Parijs II, 1974, 718p.
- CORGAS-BERNARD, C., "La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée en droit français" in TILLEMANN, B., VERBEKE, A. en VERKINDT, P.Y. (eds.), *Droit des contrats France, Belgique 2*, Brussel, Larcier, 2006, 181-221.
- CORGAS-BERNARD, C., *La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée*, thesis universiteit Lille II, 2004, 560p.
- CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, Parijs, PUF, 2000, 925p.
- CORRIGNAN-CARSIN, D., "Conditions cumulatives de validité d'une clause de non-concurrence" (noot onder Cass. soc. (fr.) 10 juli 2002 (drie beslissingen)), *JCP E* 2002, 1511.
- COURET, A., "Les clauses de changement de contrôle dans les SA" (noot onder CA Paris (5<sup>e</sup> kamer) 25 januari 1995, AR 17113/93), *Bull. Joly Soc.* 1995, 413.
- CREMIEUX, M., "Le secret des affaires" in LOUSSOUARN, Y. en LAGARDE, P. (eds.), *L'information en droit privé*, Parijs, LGDJ, 1978, 457-481.
- CUENDET, J., *La faute contractuelle et ses effets. Etude de l'article 99, al. 3 CO*, Bern, Stämpfli, 1970, 260p.

- DARGIER DE SAINT VAULRY, Y., *Le régime juridique des connaissances techniques non-brevetées*, thèse université Toulouse, 1968, 233p.
- DARTIGUELONGUE, J.-P., *Le secret dans les relations juridiques*, thèse université Bordeaux, 1968, 220p.
- DE LA ASUNCION PLANES, K., *La réfaction du contrat*, Paris, LGDJ, 2007, 491p.
- DEL SOL, M. en LEFRANC-HAMONIAUX, C., “La protection de l’information confidentielle acquise par les salariés et leurs représentants”, *JCP S* 2008, 1666.
- DELBECQUE, P., “Fasc. 21 : Régime de la réparation – Modalités de la réparation – Règles particulières à la responsabilité contractuelle – Conventions relatives à la responsabilité”, *JurisClasseur Art. 1146 à 1155*, 25 janvier 2005, losbl.
- DELEBECQUE, P., “L’anéantissement unilatéral du contrat” in JAMIN, Ch. en MAZEAUD, D. (eds.), *L’unilatéralisme et le droit des obligations*, Paris, Economica, 1999, 61-69.
- DELEBECQUE, P., *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, thèse université Aix-Marseille III, 1981, 663p.
- DELEBECQUE, P., noot onder Cass. (fr.) 6 maart 1996, *Répertoire du Notariat Defrénois* 1997, 1025.
- DEMOGUE, R., *Les sources des obligations*, I, *Traité des obligations en général*, Paris, Rousseau, 1923, 695p.
- DEMOLOMBE, C., *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, XXV, Paris, Durand, 1871, 671p.
- DENIS, D., “La clause de style” in *Etudes offertes à Jacques Flour*, Paris, Defrénois, 1979, 117-138.
- DEPINCE, M., “La clause de non-concurrence post-contractuelle et ses alternatives”, *RTD Com.* 2009, 259.
- DESGORGES, R., “La combinaison des remèdes en cas d’inexécution du contrat imputable au débiteur” in *Mélanges à l’honneur de Denis Tallon*, Paris, Société de législation Comparée, 1999, 243-250.
- DISSAUX, N., “Franchise. Retour sur la validité des clauses de non-concurrence en matière de franchise” (noot onder Cass. com. (fr.) 24 november 2009), *JCP E* 2010, 1220.
- DREIFUSS-NETTER, F., *Les manifestations de volonté abdicatives* in Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 1985, 245p.
- DREIFUSS-NETTER, F., “Droit de la concurrence et droit commun des obligations”, *RTD Civ.* 1990, 369.
- DROSS, W., *Clausier*, Paris, Litec, 2008, 619p.
- DUBOUT, H., “Les engagements de confidentialité dans les opérations d’acquisition d’entreprises”, *Bull. Joly Soc.* 1992, 722.
- DUBURTRET, M., “L’intuitus personae dans les fusions”, *Rev. Soc.* 2006, 721.
- DUHAUT, V., *Les conventions de confidentialité*, thèse université Nice-Sophia Antipolis, 2005, 325p.

- DUMAS, R., “La diffusion d'informations économiques sur Internet, nouvelle illustration des conflits de droits fondamentaux”, *Bull. Joly Soc.* 2004, 1184,
- DUMOND, S., *La date et le contrat*, thesis Universiteit Jean Moulin Lyon 3, 2003, 391p.
- DUPEYRON, C., *La régularisation des actes nuls* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, R. Pichon en R. Durand-Auzias, 1973, 285p.
- ENCINAS DE MUNAGORRI, R., *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, Parijs, LGDJ, 1996, 551p.
- ETIENNEY, A., *La durée de la prestation: essai sur le temps dans l'obligation* in *bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 2008, 767p.
- FABRE, R., *Le know how, sa réservation en droit commun*, Parijs, Librairies Techniques, 1976, 287p.
- FABRE-MAGNAN, M., *Droit des obligations, I, Contrat et engagement unilatéral*, Parijs, PUF, 2008, 705p.
- FABRE-MAGNAN, M., *Les obligations*, Parijs, PUF, 2004, 993p.
- FAGES, B., “Intransmissibilité des contrats conclus *intuitus personae* en cas de fusion ou d'apport partiel d'actif” (noot onder Cass. comm. (fr.) 3 juni 2008), *RTD Civ.* 2008, 478.
- FERNANDEZ, J.-M., “La contractualisation des conditions de facturation de services bancaires”, *Petites Affiches* 1997, 11.
- FERRAND, F., “Preuve”, *Rep. Proc. Civ. Dalloz*, januari 2006, losbl.
- FERRARIS, J., *Le rôle des documents précontractuels dans l'interprétation par le juge du contrat*, Parijs, Publibook, 2003, 123p.
- FLOUR, J., AUBERT, J.-L. en SAVAUX, E., *Les obligations, I, L'acte juridique*, Parijs, Sirey, 2008, 475p.
- FORRAY, V., “Chronique de contrats spéciaux - III. Entreprise. Durée du contrat et liberté des parties”, *PA* 2003, 6.
- FORTI, V., “La bataille des conditions générales contradictoires: études comparatives”, *RIDC* 2008, 729-760.
- FRAIMOUT, J.-J., “Fasc. 2740: Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires”, *Juriscl. Comm.*, 1 juli 2008, losbl.
- FRISON-ROCHE, A., “Le contrat et la responsabilité: consentements, pouvoirs et régulation économique”, *RTD Civ.* 1998, 43.
- GANZER, A., “Les mentions en blanc dans les contrats (1<sup>e</sup> partie)”, *Petites affiches* 1994, nr. 154.
- GARREAU, Ch., “La notion de suspension du contrat” in COUSY, H., STIJNS, S., TILLEMANS, B. en VERBEKE, A. (eds.), *Droit des contrats France, Belgique*, Larcier, Brussel, 2005, 55-82.
- GARRON, F., *La caducité du contrat*, thesis Universiteit Aix-Marseille, 1999, 349p.

- GASTINEL, E., “Les effets juridiques de la cessation des relations contractuelles – Obligations de non-concurrence et de confidentialité” in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, Aix-en-Provence, PUAM, 1997, 197-214.
- GATSI, J., *Le contrat-cadre* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 1996, 335p.
- GAUTIER, P.-Y., “Le ‘rachat’ de son contrat par un joueur de football: résiliation unilatérale avec dédit”, *RTD Civ.* 1992, 590.
- GAVALDA, C., “Le secret des affaires” in *Mélanges R. Savatier*, Parijs, Dalloz, 1965, 291-316.
- GEGOUT, M., “Art. 6. Fasc. I: Ordre public et bonnes mœurs”, *JurisClasseur Civil Code Art. 6*, mei 1979, losbl.
- GEGOUT, M., “Essai sur la rétroactivité conventionnelle”, *Rev. Crit. Législ. et Jurispr.* 1931, 271.
- GELOT, B., *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 2003, 377p.
- GENICON, Th., “Silence et acceptation tacite: le cas d’une clause imposant délai d’exécution” (noot onder Cass. 1<sup>e</sup> civ. (fr.) 28 februari 2008, nr. 06-12349), *RDC* 2008, 709.
- GERARD, S., *Les obligations contractuelles de ne pas faire*, thesis universiteit Nancy 2, 2000, 384p.
- GHESTIN, J., “Existence de la cause et périmètre contractuel” (noot onder Cass. 1<sup>e</sup> civ. (fr.) 13 juni 2006), *D* 2007, 277.
- GHESTIN, J., “Existe-t-il en droit positif français un principe général de prohibition des contrats perpétuels?” in *Mélanges en l'honneur de Denis Tallon*, Parijs, Société de législation comparée, 1999, 251-262.
- GHESTIN, J., “L’effet rétroactif de la résolution des contrats à exécution successive” in *Mélanges Pierre Raynaud*, Parijs, Dalloz, 1985, 203-226.
- GHESTIN, J., *Cause de l’engagement et validité du contrat*, Parijs, LGDJ, 2006, 944p.
- GHESTIN, J. en GOUBEAUX, G., *Introduction général* in *Traité de droit civil*, Parijs, LGDJ, 1994, 891p.
- GHESTIN, J., JAMIN, C. en BILLIAU, M., *Les effets du contrat* in *Traité de droit civil*, Parijs, LGDJ, 2001, 1340p.
- GHESTIN, J., *La formation du contrat* in *Traité de droit civil*, Parijs, LGDJ, 1993, 976p.
- GHESTIN, J., *Le contrat : formation* in *Traité de droit civil*, Parijs, LGDJ, 1988, 1096p.
- GHOZI, A., *La modification de l’obligation par la volonté des parties* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, R. Pichon en R. Durand-Auzias, 1980, 274p.
- GLASSON, E., TISSIER, A. en MOREL, R., *Traité théorique et pratique d’organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, V dln., Parijs, Sirey, 1925-36.

- GOUBEAUX, G., *La règle de l'accessoire en droit privé* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 1969, 543.
- GOURDON, P., *L'exclusivité* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 2006, 363p.
- GOUT, O., "La responsabilité de l'hôtelier en cas de vol sur le parc de stationnement de l'hôtel: un double revirement de jurisprudence inattendu", *D* 2001, 341.
- GOUTAL, J.-L., *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, Parijs, LGDJ, 1981, 340p.
- GRIDEL, J.-P. en LAITHIER, Y.-M., "Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur: état des lieux", *JCP G* 2008, I, 143.
- GRIMONPREZ, B., *L'exigibilité en droit des contrats*, thesis universiteit Poitiers, 2005, 538p.
- GUELFUCCI-THIBIERGE, C., *Nullité, restitutions et responsabilité* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 1992, 614p.
- GUERRIERO, M.-A., *L'acte juridique solennel* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 1975, 520p.
- GUYENOT, J., "La rupture abusive des contrats a durée indéterminée" in DURAND, P. (ed.), *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, Parijs, Pichon & Durand Auzias, 1960, 235-299.
- HANNOUN, C. en DERRIDA, B., "Terme", *Rép. Civ. Dalloz*, avril 1994, losbl.
- HELOT, S., "La place de l'intuitus personae dans la société de capitaux", *D* 1991, 143.
- HOTTE, S., *La rupture du contrat international. Contribution à l'étude du droit transnational des contrats*, Parijs, Defrénois, 2007, 476p.
- HOUIN, B., *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, thesis universiteit Paris II, 1973, 772p.
- HOUTCIEFF, D., "Contribution à l'étude de l'intuitus personae", *RTD Civ.* 2003, 3.
- HOVASSE, H., "Transmission universelle et contrat de franchise" (noot onder Cass. com. (fr.) 3 juni 2008), *Dr. Soc.* 2008, comm. 184.
- HUET, J. en DUPUIS-TOUBOL, F., "Violation de la confidentialité des négociations" in *Formation of contracts and precontractual liability*, Parijs, ICC Publishing, 1990, 239-254 en *Petites Affiches* 1991, 4.
- ISSA-SAYEGH, J., "Fasc. 20: Contrats et obligations – Extinction des obligations – Paiement: caractères généraux. Parties. Effets", *JurisClasseur Civil Code art. 1235 à 1248*, 13 juli 2006, losbl.
- JAMBU-MERLIN, R., "Essai sur la rétroactivité dans les actes juridiques", *RTD Civ.* 1948, 271-299.
- JAPIOT, R., *Des nullités en matière d'actes juridiques*, Parijs, Rousseau, 1909, 964p.
- JEANDIDIER, W., "L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire", *RTD Civ.* 1976, 700-724.

- JEHL, J., *Le commerce international de technologie: approche juridique*, Parijs, Librairies Techniques, 1985, 502p.
- JEULAND, E., "L'énigme du lien de droit", *RTD Civ.* 2003, 455.
- KREIS, A., *Le savoir-faire (know-how) et sa transmission entre entreprises en vue de la reproduction d'une réalisation de technologie industrielle commercialisée*, thesis universiteit Parijs II, 1985, II dln., 530p.
- LABARTHE, F., *La notion de document contractuel*, Parijs, LGDJ, 1994, 407p.
- LAITHIER, Y.-M., "La prétendue primauté de l'exécution en nature", *RDC* 2005, 161.
- LAMOUREUX, M., "La clause d'intégralité en droits français, anglais et américain", *Revue Lamy droit civil* 2007, 75-86.
- LASSERRE CAPDEVILLE, J., *Le secret bancaire. Étude de droit comparé*, Aix-Marseille, PUAM, 2006, 417p.
- LATRAILLE, A., "Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat (1re partie)", *Petites Affiches* 2006, afl. 156, 4.
- LATRAILLE, A., "Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat (suite et fin)", *Petites Affiches* 2006, afl. 157, 4.
- LAUDE, A., *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, Aix-en-Provence, PUAM, 1992, 597p.
- LAVEFVE LABORDERIE, A.-S., *La pérennité contractuelle* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 2005, 661p.
- LAWSON-BODY, L., "Réflexions sur la distinction entre le terme extinctif et le terme suspensif", *Petites Affiches* 2002, 3.
- LE BLAN-DELANNOY, V., "Le maintien judiciaire du contrat en cas de rupture abusive: l'impasse?", *Petites Affiches* 2005, 6.
- LE GAC-PECH, S., *La proportionnalité en droit privé des contrats* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 2000, 572p.
- LE GAC-PECH, S., "Rompre son contrat", *RTD Civ.* 2005, 223.
- LE GAC-PECH, S. (ed.), *Remédier aux défaillances du contrat* in *Contrats & Patrimoine*, Brussel, Larcier, 2010, 172p.
- LE STANC, Ch., "Existe-t-il une responsabilité postcontractuelle?", *JCP* 1978, II, 12735.
- LE TOURNEAU, Ph., *L'ingénierie, les transferts de technologie et de maîtrise industrielle*, Parijs, Litec, 2003, 301p.
- LEBOIS, A., "Les obligations contractuelles de faire à caractère personnel", *JCP G* 2008, I, 210.
- LECOMTE, A., "La clause de style", *RTD Civ* 1935, 305-337.
- LEDUC, F. "Fasc. 201: Régime de la réparation. Modalités de la réparation. Règles communes aux responsabilités délictuelle et contractuelle. Principes fondamentaux", *JurisClasseur Civil Code art. 1382 à 1386*, 13 februari 2006, losbl.

- LEFRANÇOIS, M., *L'obligation de confidentialité*, thesis universiteit Caen, 2001, 333p.
- LEPAGE, A., "Le secret de la vie privée sous influences", *Dr. & Pat.* 2002, afl. 102, 61-64.
- LIBCHABER, R., "Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés", *Rev. Soc.* 1995, 443.
- LIMBACH, F., *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales in Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 2004, 362p.
- LISANTI, C., "Sanction de l'inexécution de l'obligation de ne pas faire", *D* 2007, 2784.
- LITTY, O., *Inégalité des parties et durée du contrat: étude de quatre contrats d'adhésion usuels in Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 1999, 484p.
- LUCAS, A., *La protection des créations industrielles abstraites*, Parijs, Librairies Techniques, 1975, 320p.
- LUCAS-PUGET, A.-S., *Essai sur la notion d'objet du contrat in Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 2005, 476p.
- MAGNIN, F., *Know-How et propriété industrielle*, Parijs, Librairies Techniques, 1974, 479p.
- MAHMOUD, M., "Usages commerciaux", *Rep. com. Dall.*, losbl.
- MAINGUY, D., "L'abus de droit commis dans le refus d'agrément à la circulation d'un contrat de distribution" (noot onder Cass. com. (fr.) 2 juli 2002), *JCP G* 2003, II, 10023.
- MAINGUY, D., "Cession de contrôle et sort des contrats de la société cédée", *Rev. Soc.* 1996, 17.
- MAINGUY, D., "Fasc. 60: Conditions générales de vente et contrats-types", *JurisClasseur Contrats – Distribution*, 31 december 2001, losbl.
- MAINGUY, D., "Technique contractuelle – Clause d'agrément et cession de contrôle" *JCP E* 2002, 640.
- MAITRE-ARNAUD, E., *La rétroactivité dans le contrat*, thesis universiteit Panthéon-Assas Parijs II, 2003, 356p.
- MALAURIE, P., AYNES, L. en STOFFEL-MUNCK, P., *Les obligations*, Parijs, Defrénois, 2005, 846p. en 2007, 870p.
- MALAURIE, Ph. en AYNES, L., *Cours de droit civil. 6: Les obligations*, Parijs, Cujas, 1999, 834p.
- MALAURIE, Ph. en AYNES, L., *Obligations. Contrats et quasi-contrats*, II, Parijs, Cujas, 2001, 457p.
- MALAURIE-VIGNAL, M., "Intuitus personae et liberté de la concurrence dans les contrats de distribution", *JCP E* 1998, 260.
- MALINVAUD, P., *Droit des obligations*, Parijs, Litec, 2005, 560p.
- MALLET-POUJOL, N., "Appropriation de l'information: l'éternelle chimère", *D* 1997, 65.



- MARAIS, A., “Le maintien forcé du contrat par le juge”, *Petites Affiches* 2002, 7
- MARCADE, V.-N., *Cours élémentaire de droit civil français*, IV, Parijs, Cotillon, 1850, 679p.
- MARECHAL, C., “Lors d’un apport partiel d’actifs, le contrat de franchise, conclu intuitu personae, n’est transmis qu’avec l’accord du franchisé” (noot onder Cass. com. (fr.) 3 juni 2008), *JCP G* 2008, II, 10154.
- MARIE, R., “Fasc. 28-10: Suspension du contrat. – Régime de droit commun”, *JurisClasseur Travail Traité*, 1 september 2008, losbl.
- MARMAYOU, J.M., *L’unité et la pluralité contractuelle entre les mêmes parties (méthode de distinction)*, Aix-en-Provence, PUAM, 2002, 676p.
- MARTIN DE LA MOUTTE, J., *L’acte juridique unilatéral. Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Parijs, Sirey, 1951, 343p.
- MARTY, G. en RAYNAUD, P., *Les obligations*, II/1, *Droit civil*, Parijs, Sirey, 1962, 928p.
- MARTY, G., RAYNAUD, P. en JESTAZ, Ph., *Les obligations – Le régime*, II, *Droit civil*, Parijs, Sirey, 1989, 457p.
- MATHEY, N., “Les droits et libertés fondamentaux des personnes morales de droit privé”, *RTD Civ.* 2008, 205-228.
- MATRAY, J., “L’autonomie de la clause d’arbitrage” in *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des conflits*, Luik, CUP 2001, 145-165.
- MAYER, M., *Le secret des affaires commerciales*, Parijs, Rousseau, 1900, 284p.
- MAYER, P., “Les limites à la séparabilité de la clause compromissoire”, *Rev. arb.* 1998, 359.
- MAZEAUD, D., *La notion de clause pénale* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 1992, 448p.
- MAZEAUD, D., “Durées et ruptures”, *RDC* 2004, 129.
- MAZEAUD, D., *La notion de clause pénale*, Parijs, LGDJ, 1992, 448p.
- MAZEAUD, D., noot onder Cass. 1<sup>e</sup> civ. (fr.) 24 mei 2005, *RDC* 2005, 1007.
- MAZEAUD, H., L., J. en CHABAS, F., *Leçons de droit civil*, II/1, *Obligations: théorie générale*, 1991, 1355p.
- MEKKI, M., “Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1<sup>re</sup> partie)”, *RDC* 2006, 1051.
- MEKKI, M., *L’intérêt général et le contrat*, Parijs, LGDJ, 2004, 910p.
- MERCOLI, S., *La rétroactivité dans le droit des contrats*, Aix-Marseille, PUAM, 2001, 559p.
- MESTRE, J., “De l’interprétation de clauses en conflit”, *RTD Civ.* 1999, 836.
- MESTRE, J., “Des effets de la résiliation amiable d’un contrat” (noot onder Cass. com. (fr.) 1 februari 1994), *RTD Civ.* 1994, 356.
- MESTRE, J., “Jurisprudence française en matière de droit civil – B. Obligations et contrats spéciaux”, *RTD Civ* 1986, 97.

- MESTRE, J., “L’économie du contrat”, *RTD Civ.* 1996, 901.
- MESTRE, J., “Les conditions de la cession de contrat”, *RTD Civ.* 1995, 369.
- MESTRE, J., “Les contrats doivent être exécutés jusqu’à leur terme, y compris donc durant la période de préavis qui peut précéder leur cessation”, *RTD Civ.* 1997, 931.
- MESTRE, J., “Les documents contractuels” (noot onder Cass. 1<sup>e</sup> civ. (fr.) 10 april 1996), *RTD Civ.* 1997, 118.
- MESTRE, J., “Non-renouvellement des contrats à durée déterminée : entre la liberté surtout et l’abus un petit peu” (noot onder Cass. com. (fr.) 25 april 2001, Cass. com. (fr.) 6 juni 2001 en Cass. com. (fr.) 3 juli 2001), *RTD Civ.* 2002, 99.
- MOREAU, M.-A., “La protection de l’entreprise par les clauses contractuelles de non-concurrence et de confidentialité”, *Dr. & Pat.* 1999, 56.
- MORIN, A., “*Intuitus personae* et sociétés cotées”, *RTD Com.* 2000, 299.
- MOULY, Ch., *Les causes d’extinction du cautionnement*, Parijs, Librairies Techniques, 1979, 721p.
- MOULY, J., noot onder Cass. soc. (fr.) 5 juli 1995, *D* 1996, 280.
- MOULY-GUILLEMAUD, C., *Retour sur l’article 1135 du Code civil. Une nouvelle source du contenu contractuel.* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 2006, 581p.
- MOURALIS, J.-L., “Preuve”, *Rép civ. Dall.*, losbl.
- MOURY, J., “De l’indivisibilité entre les obligations et entre les contrats”, *RTD Civ.* 1994, 255.
- MOUSSERON, J.M., MOUSSERON, P., RAYNARD, J. en SEUBE, J.-B., *Technique contractuelle*, Levallois, Lefebvre, 2005, 718p.
- MOUSSERON, J.M., *Technique contractuel*, Parijs, Lefebvre, 1999, 792p.
- MOUSSERON, J.M., *Traité des brevets*, I, *L’obtention des brevets*, Parijs, Librairies techniques, 1984, 1097p.
- NAJJAR, I., *Le droit d’option* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 1967, 362p.
- NAMMOUR, F., *Droit et pratique de l’arbitrage interne et international*, Parijs, LGDJ, 2005, 859p.
- NAMOUR, F., *Les clauses de secret*, thesis universiteit Montpellier I, 1992, 275p.
- NGO SICK, F., *Le secret dans les relations contractuelles*, thesis universiteit Montesquieu-Bordeaux IV, 2000, 421p.
- NGO-NDJIGUI, R.-Y., *Le secret des affaires dans le droit des pays de l’espace OHADA et en droit français*, thesis universiteit Lille II, 2005, 572p.
- NOSSEREAU, M., “Le terme, modalité de l’obligation”, *Dr. & Pat.* 2000, 50-59.
- NUYTTEN, B. en LESAGE, L., “Formation des contrats: regards sur les notions de consensualisme et de formalisme”, *Rép not. D.* 1998, 497.
- NUYTTEN, B., “Les clauses de forme dans les actes et contrats préparatoires à la vente d’immeubles”, *RDC* 2004, 531.

- PAILLUSSEAU, J., “La cession de contrôle”, *JCP G* 1986, I, 3224.
- PAILLUSSEAU, J., “La notion de groupe de sociétés et d’entreprises en droit des activités économiques”, *D* 2003, 2346-2351.
- PANCRAZI-TIAN, M.-E, 204, *La protection judiciaire du lien contractuel*, Aix-en-Provence, PUAM, 1996, 439p.
- PANSIER, F.-J., “Le silence ne vaut pas consentement ni novation” (noot onder Cass soc. (fr.) 5 november 2003), *CSBP* 2004, 75.
- PASCUAL, I., “La prise en considération de la personne physique dans le droit des sociétés”, *RTD Com.* 1998, 273.
- PAUL, F., *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l’article 1128 du code civil* in *Bibliothèque de droit civil*, Parijs, LGDJ, 2002, 287p.
- PELLETIER, C., *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, Parijs, L’Harmattan, 2004, 582p.
- PENNEAU, J., “Un contrat conclu pour une durée inférieure à la moyenne de la vie professionnelle n’est pas un contrat perpétuel”, *D* 2004, 598.
- PERES-DOURDOU, C., *La règle supplétive* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 2004, 673p.
- PERREAU, E.-H., “Clauses manuscrites et clauses imprimées”, *RTD Civ.* 1927, 303-330.
- PETEL, I., *Les durées d’efficacité du contrat*, II dln., thesis universiteit Montpellier 1984, 768p.
- PETIT, B., “Contrats et obligations – Consentement”, *JurisClasseur Civil Code Art. 1109*, 22 november 2004, losbl.
- PETIT, B., “Fasc. unique: Art. 1101 à 1108-2. Contrats et obligations - Définition et classification des contrats”, *JurisClasseur Civil Code*, 22 november 2004, losbl.
- PICOD, Y., “Nullité”, *Rép. civ. Dalloz* 2004, september 2004, losbl.
- PICOD, Y., AUGET, Y. en GOMY, M., “Concurrence (Obligation de non-)”, *Rép. com. Dalloz* februari 2009, losbl.
- PIEDELIEVRE, J., *Des effets produits par les actes nuls*, Parijs, Rousseau, 1911, 509p.
- PLANCQUEEL, A., “Obligations de moyens, obligations de résultat”, *RTD Civ.* 1972, 334-340.
- PLANIOL, M. en RIPERT, G., *Traité pratique de droit civil français*, VI, Parijs, LGDJ, 1952, 1047p.
- POPESCO-RAMNICEANO, R., “Le silence créateur d’obligations et l’abus du droit”, *RTD Civ.* 1930, 999-1009.
- PORACCHIA, D., “La protection juridique des secrets de l’entreprise”, *Dr. & Pat.* 2000, 20.
- PORUMB, O., *La rupture des contrats à durée indéterminée par volonté unilatérale*, thesis universiteit Parijs, 1937, 255p.

- PRAT, S., *Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières*, Parijs, Litec, 1992, 361p.
- PRIETO, C., "Événements affectant la personne de la société contractante" in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, Aix-Marseille, PUAM, 1997, 81-107.
- PUTMAN, E., "La révocation amiable" in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, Aix-Marseille, PUAM, 1997, 125-147.
- RAYNAUD, P., "La renonciation à un droit", *RTD Civ.* 1936, 763-809.
- REIGNE, Ph., "La résolution pour inexécution au sein des groupes de contrats" in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, Aix-Marseille, PUAM, 1997, 151.
- RENUCCI, J.-F., "L'identité du cocontractant", *RTD Com.* 1993, 441.
- REVET, Th., "La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat" in JAMIN, Ch. en MAZEAUD, D. (eds.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Parijs, Economica, 1999, 31-46.
- REVET, Th., "La prise d'effets du contrat", *RDC* 2004, 29.
- RIEG, A., *La role de la volonté dans l'acte juridique* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 1961, 591p.
- RIGALLE-DUMETZ, C., "Le rejet de la résolution partielle" in COUSY, H., STIJNS, S., TILLEMANN, B. en VERBEKE, A. (eds.), *Droit des contrats France, Belgique*, Larcier, Brussel, 2005, 125-154.
- RIGALLE-DUMETZ, C., *La résolution partielle du contrat* in *Nouvelle Bibliothèque de Thèses*, Dalloz, Parijs, 2003, 466p.
- RIPERT, G. en BOULANGER, J., *Traité de droit civil*, Parijs, LGDJ, 1957, II, 1151p.
- RIZZO, F., "Regards sur la prohibition des engagements perpétuels", *Dr. & Pat.* 2000, 60-68.
- ROBERT, A. "La protection contre la rupture dans les contrats à durée indéterminée par la théorie du congé et du préavis" in DURAND, P., *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, Parijs, LGDJ, 1960, 37-57.
- ROBERT, A., "Une source mineure de droits civils: les affiches et les écritaux", *JCP* 1958, I, 1458.
- ROBERT, J., *L'arbitrage: droit interne, droit international privé*, Parijs, Dalloz, 1993, 459p.
- ROBINNE, S., noot onder Cour d'appel Dijon 6 april 2000, *D* 2002, 1271.
- ROCHFELD, J., "Cause", *Rép. civ. Dalloz*, januari 2005, losbl.
- ROCHFELD, J., "Les modes temporels d'exécution du contrat", *RDC* 2004, 47.
- ROCHFELD, J., *Cause et type de contrat*, Parijs, LGDJ, 1999, 632p.
- RODIERE, R., "Une notion menacée: la faute ordinaire dans les contrats", *RTDC* 1954, 201-227.
- ROETS, D., "Les droits discrétionnaires: une catégorie juridique en voie de disparition", *D* 1997, 92.

- ROLAND, H., "Regards sur l'absence de terme extinctif dans les contrats successifs" in *Mélanges offerts à monsieur le professeur Pierre Voirin*, Parijs, LGDJ, 1966, 737-762.
- RONTCHEVSKY, N., *L'effet de l'obligation*, Parijs, Economica, 1998, 510p.
- ROUJOU DE BOUBÉE, M.-E., *Essai sur la notion de réparation* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 1974, 493p.
- SAGUES, N., *La rupture unilatérale des contrats*, Parijs, LGDJ, 1937, 377p.
- SAINT-ALARY, R., "Rapport sur le secret des affaires en droit français" in *Le secret et le droit. Travaux de l'Association Henri Capitant*, Parijs, Dalloz, 1976, 263-282.
- SAINT-PAU, J.C., "Fasc. 11-10: DROIT À RÉPARATION. Conditions de la responsabilité contractuelle - Fait générateur - Obligations", *JurisClasseur Civil Code Art. 1146 à 1155*, 25 maart 2003, losbl.
- SAVAUX, E., "Les nullités en cascade" in M. BOUDOT en P.M. VECCHI (eds.), *La théorie des nullités*, Parijs, LGDJ, 2008, 111-125.
- SCHMIDT, J., *L'invention protégée après la loi du 2 janvier 1968*, Parijs, Librairies Techniques, 1972, 312p.
- SCHMIDT-SZALEWSKI, J., "Fasc. 4260: nouveauté", *JurisClasseur Brevets*, 1 mei 2008, losbl.
- SCHMIDT-SZALEWSKI, J., "Savoir-faire", *Rép com. Dalloz*, februari 2009, losbl.
- SERIAUX, A., "Le futur contractuel" in *Le droit et le futur*, PUF, Parijs, 1985, 77-91.
- SERIAUX, A., "Réflexions sur les délais de grâce", *RTD Civ.* 1993, 789.
- SERRA, Y., *L'obligation de non concurrence*, Parijs, Sirey, 1970, 221p.
- SERRA, Y., noot onder Cass (fr.) 6 maart 1996, *D* 1997, 97.
- SERRA, Y., noot onder Cour d'appel Versailles 27 september 1994, *D* 1995, 205.
- SEUBE, J.-B., *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Parijs, Litec, 1999, 516p.
- SIMLER, Ph., "Fasc. 20: CONTRATS ET OBLIGATIONS. – Interprétation des contrats. – La mise en oeuvre: rôle respectif des juges du fond et de la Cour de cassation", *JurisClasseur Civil Code Art. 1156 à 1164*, 14 september 2009, losbl.
- SIMLER, Ph., "L'article 1134 du Code civil et la résiliation unilatérale anticipée des contrats à durée déterminée", *JCP* 1971, I.2413.
- SIMLER, Ph., *La nullité partielle des actes juridiques* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, R. Pichon en R. Durand-Auzias, 1969, 512p.
- SOUSI-ROUBI, B., "Variations sur la date", *RTD Civ.* 1991, 69.
- STARCK, B., ROLAND, H. en BOYER, L., *Obligations. 2: Contrat*, Parijs, Litec, 1995, 856p.
- STOFFEL-MUNCK, Ph., "Abus d'un droit contractuel : les critères du refus abusif d'agrément", *RDC* 2003, 50.
- STOFFEL-MUNCK, Ph., "L'après-contrat", *RDC* 2004, 159.

- STOFFEL-MUNCK, Ph., “Responsabilité contractuelle”, *JCP G* 2006, I, 111.
- STOFFEL-MUNCK, Ph., *L’abus dans le contrat* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 2000, 649p.
- STORCK, M. “Définition légale de la notion de contrôle d’une société en droit français”, *Rev. Soc.* 1986, 385.
- STORCK, M., “Fasc. 10: Contrats et obligations – Obligations conventionnelles. – Exception d’inexécution ou ‘exceptio non adimpletu contractus’. – Domaine et conditions d’application de l’exception d’inexécution”, *Juriscl. Civil Code App. Art. 1184*, 5 maart 2003, losbl.
- STORCK, M., “Fasc. Unique: contrats et obligations – Promesse de porte-fort”, *Juriscl. Civil Code Art. 1120*, 11 mei 2010, losbl.
- TAGNAN, J., *La tacite reconduction*, mémoire universiteit Aix-Marseille, 1992, 134p.
- TALLON, D., “Dommages et intérêts et exécution en nature”, *JT* 1985, 601-605.
- TALLON, D., “La force de la clause de style”, *AJPI* 1975, 1013-1017.
- TARDIEU-GUIGUES, E. en SORDINO, M.-C., “Indivisibilité de contrats et notion d’ensemble contractuel” (noot onder Cass. (fr.) com. 4 april 1995), *JCP E* 1996, II, 792.
- TEISSIER, A., *Le secret professionnel du banquier*, Aix-Marseille, PUAM, 1999, II dln., 709p.
- TERRE, F., *L’influence de la volonté individuelle sur les qualifications* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 1957, 600p.
- TERRE, F., SIMLER, Ph. en LEQUETTE, Y., *Droit civil: les obligations*, Parijs, Dalloz, 2005, 1474p.
- TESTU, X.-F., “La confidentialité conventionnelle”, *Dr. & Pat.* 2002, afl. 102, 81.
- TEYSSIE, B., “Réflexions sur les conséquences de la nullité d’une clause d’un contrat”, *D* 1976, 281.
- TEYSSIE, B., *Les groupes de contrats* in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, R. Pichon en R. Durand-Auzias, 1975, 328p.
- TIRVAUDEY-BOURDIN, C., *L’indivisibilité en droit privé*, thesis universiteit Bourgogne, 2003, II dln., 857p.
- TREILLARD, J., “De la suspension des contrats” in DURAND, P. (ed.), *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, Parijs, Pichon & Durand-Auzias, 1960, 59-108.
- TROCHON, J.-Y. en CURTIS, N., “Negotiating and drafting shareholders’ agreements”, *RDAL* 2005, 135-152.
- VALLEUR, F., *L’intuitus personae dans les contrats*, Parijs, Duchemin, 1938, 336p.
- VALORY, S., *La potestativité dans les relations contractuelles*, Aix-en-Provence, PUAM, 1999, 598p.

- VAN EECKHOUT, A., “La durée du préavis de rupture d’une relation d’affaires”, *RDC* 2005, 491.
- VATINET, R., “Le mutus dissensus”, *RTD Civ* 1987, 252-285.
- VEAUX, D., “Contrats et obligations - Nullité ou rescision des conventions - Effets de la nullité”, *JurisClasseur Civil Code Art. 1304 à 1314*, 13 februari 2008, losbl.
- VEAUX, D., “Fasc. Unique: Contrats et obligations – Diverses espèces d’obligations – Obligations à terme”, *JurisClasseur Civil Code Art. 1185 à 1188*, februari 1993, losbl.
- VIALARD, A., “L’offre publique de contrat”, *RTD Civ.* 1971, 750-791.
- VINEY, G., “Le régime de la responsabilité contractuelle : le choix entre réparation en nature et dommages-intérêts en cas d’inexécution d’une obligation contractuelle de faire ou de ne pas faire” (noot onder Cass. 3<sup>e</sup> civ. (fr.) 25 januari 2006 en Cass. 3<sup>e</sup> civ. (fr.) 28 september 2005), *RDC* 2006, 818.
- VINEY, G., “Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile”, *D* 2009, 2944.
- VIRASSAMY, G., “Les limites à l’information sur les affaires d’une entreprise”, *RTD com.* 1988, 179-218.
- VIVANT, M., “Les clauses de secret” in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Aix-Marseille, Presses universitaires d’Aix-Marseille, 1990, 101-118.
- VOIRIN, P., noot onder Lyon 16 mei 1928, *D* 1928, II, 197-199.
- VUILLEMIN-GONZALEZ, C., *L’obligation de non-divulgaration*, thesis faculteit rechtsgeleerdheid Rijssel, 2000, 447p.
- WICKER, G., *Les fictions juridiques. Contribution à l’analyse de l’acte juridique in Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 1997, 441p.
- ZAKI, M., “Le formalisme conventionnel illustration de la notion de contrat-cadre”, *RIDC* 1986, 1043-1096.
- ZELCEVIC-DUHAMEL, A., “La notion d’économie du contrat en droit privé”, *JCP G* 2001, I 300.

#### Nederland

- ASSER, C., HARTKAMP, A. S. en SIEBURGH, C. H., *Verbintenissenrecht: de verbintenis in het algemeen* in *Mr. C. Asser’s Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, Deventer, Kluwer, 2004, IIdln.
- ASSER, C., MAEIJER, J.M.M., VAN SOLINGE, G. en NIEUWE WERNE, M.P., *Rechtspersonenrecht. De naamloze en besloten vennootschap* in *Mr. C. Asser’s handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht*, Deventer, Kluwer, 2009, 2-II, 1155p.
- BOONK, M.L., “No robots clauses: zijn ze effectief? Een analyse van robots.txt files en no robots clauses metatags”, *Computerrecht* 2009, 5-12.

- BOONK, M.L., DE GROOT, D.R.A., OSKAMP, A. en BRAZIER, F.M.T., “Agent Exclusion on Websites”, <http://cli.vu/pubdirectory/238/manuscript.pdf>
- BRENNINKMEIJER, A.M., *Stemovereenkomsten van aandeelhouders*, Deventer, Kluwer, 1973, 244p.
- BRUINS, C.E.L., KERKHOF, R.M., KLEIN, I. en VAN STRATEN, M.M.A., “Boete voor ex-werknemers wegens niet meewerken aan NMa onderzoek”, *Bedrijfsjuridische berichten* 2009, 217-223.
- COOLS, M. en HOOGENBOOM, B. (eds.), *Kwetsbare kennis. Over bedrijfseconomische spionage en informatiebeveiliging*, Alphen aan den Rijn, Samsom, 1996, 139p.
- DE VRIES, G.J.P., “De onderscheiding tussen de begrippen ‘bepaalde’ en ‘onbepaalde’ tijd bij enige benoemde duurovereenkomsten”, *Themis* 1987, 488-497.
- DE VRIES, G.J.P., *Opzegging van obligatoire overeenkomsten*, Zwolle, Tjeenk Willink 1990, 423p.
- GIELEN, Ch., *Bescherming van bedrijfsgeheimen in Preadvies van de vereniging ‘handelsrecht’*, Deventer, Kluwer, 1999, 96p.
- GROENEWOUD, L., “Vereenzelviging als grond tot doorbraak van aansprakelijkheid”, *V&O* 2003, 4-6.
- H.B., noot onder Hoge Raad 19 februari 1960 (Aurora), *NJ* 1960, nr. 6, 473.
- HAMMERSTEIN, A. en VRANKEN, J.B.M., *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten in Monografieën Nieuw NBW*, 2003, 79p.
- HIJMA, J., *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer, Kluwer, 1988, 430p.
- HIJMA, J., *Algemene voorwaarden in Monografieën nieuw BW*, Deventer, Kluwer, 2010, 122p.
- HOFMANN, L.C. en VAN OPSTALL, S. N., *Het Nederlands Verbintenissenrecht, I*, Groningen, Tjeenk Willink, 1976, 610p.
- HONDIUS, E., *Standaardvoorwaarden*, Deventer, Kluwer, 1978, 956p.
- HONDIUS, E., “De ‘entire agreement’ clause: Amerikaanse contractsbedingen in het Nederlandse recht” in TEN BERGE, J.B.J.M., VAN HOOFF, G.J.H., JASPERS, A. Ph. en SWART, A.H.J. (eds.), *Recht als norm en als aspiratie. Opstellen over recht en samenleving ter gelegenheid van het 350-jarig bestaan van de Utrechtse juridische faculteit*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1986, 24-34.
- IDENBURG, P. J., *Kennis van zaken. Aspecten van know-how-recht in de Europese Gemeenschap en de Verenigde Staten*, Deventer, Kluwer, 1980, 247p.
- KRANS, H., “Battle of forms”, *Contracteren* 2002, 13.
- KRUISINGA, S., “De battle of the forms in international perspectief: een eerlijke strijd”, *Contracteren* 2005, 4.
- KRUISINGA, S.A., “Battle of forms” in WESSELS, B., JONGENEEL, R.H.C. en HENDRIKSE, M.R. (eds.), *Algemene voorwaarden*, den Haag, Kluwer, 2006, 30-46.



- LINSSEN, J.G.A., *Voordeelsafgifte en ongerechtvaardigde verrijking*, Den Haag, BJU, 2001, 848p.
- MACKAAY, E., *Economics of Information and Law*, Dordrecht, Kluwer Nijhoff Publishing, 1982, 293p.
- MAHE, C.B.P., “Conflit de conditions générales: quelle tactique adopter?” in GROSHEIDE, F. W. en BOELE-WOELKI, K. (eds.), *Europees privaatrecht: opstellen over internationale transacties en intellectuele eigendom*, Lelystad, Koninklijke Vermande, 1997, 85-138.
- MONTRÉE, H. en OOSTERMAN, A., *Mediation en vertrouwelijkheid*, den Haag, Sdu uitgevers, 2009, 257p.
- PELETIER, M., *Rechterlijke vrijheid en partij-autonomie*, den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 1999, 248p.
- SCHOORDIJK, H.C.F., “Het gebruik van open normen naar Belgisch en Nederlands privaatrecht” in *Liber amicorum Jacques Herbots*, Deurne, Kluwer, 2002, 325-350.
- SLAGTER, W.J., “Het due diligence-onderzoek”, *TVVS* 1994, afl. 9, 225-230.
- SPIER, J., HARTLIEF, T., VAN MAANEN, G.E. en VRIESENDORP, R.D., *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, Deventer, Kluwer, 2009, 437p.
- STREEFKERK, C. A., *Opschortingsrechten in Monografieën nieuw BW*, Deventer, Kluwer, 2006, 69p.
- STRIJBOS, J.F.M., *Opzegging van duurovereenkomsten*, Deventer, Kluwer, 1985, 191p.
- VAN BIJNEN, R.H.J., *Aanvullend contractenrecht*, Den Haag, BJU, 2005, 414p.
- VAN DER KORST, P.J., “Contractuele bescherming bedrijfsgeheimen” (noot onder HR 22 juni 2007), *Ondernemingsrecht* 2008, 127-128.
- VAN DUNNE, J., “Alternatieven bij het vorderen van milieuschade: inbreuk op eigendomsrecht en afdracht van verkregen voordeel van onrechtmatig handelen bij verontreiniging van rivieren, bijvoorbeeld” in *Liber amicorum Hubert Bocken*, Brugge, die Keure, 2009, 467-482.
- VAN LIEROP, W.A.J. en PIJNACKER HORDIJK, E.H., *Privaatrechtelijke aspecten van het mededingingsrecht in Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2007, 100p.
- VAN WECHER, T.H.M., “Wat gaat voor: een specifiek beding of een bepaling in algemene voorwaarden (HR 13 juni 2003, C01/340 HR)”, *Contracteren* 2003, 80.
- VAN WECHER, T.H.M., *Toepasselijkheid van algemene voorwaarden in Recht en Praktijk*, Kluwer, Deventer, 2007, 256p.
- VISSCHER, M.H., “De opzegging van onbenoemde duurovereenkomsten: een korte beschouwing”, *V&O* 2007, 110-113.
- WESSELS, B. en VAN WECHER, T.H.M., *Aandachtspunten bij international contracteren in Contracteren in de internationale praktijk*, Deventer, Kluwer, 2002, 79p.

- ZIPPRO, E.-J., *Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht*, Deventer, Kluwer, 2009, 888p.

#### Verenigd Koninkrijk (Engeland)

- ADORANTI, F., *The managers guide to understanding confidentiality agreements*, Londen, Les50ons Professional, 2006, 97p.
- ANDERSON, M. en KEEVEY-KOTHARI, S., *Drafting confidentiality agreements*, Londen, Law Society, 2003, 116p.
- ANDERSON, M. en WARNER, V., *A-Z Guide to Boilerplate and Commercial Clauses*, Haywards Heath, Tottel Publishing, 2006, 542p.
- ANDERSON, M. en WARNER, V., *Drafting and Negotiating Commercial Contracts*, Haywards Heath, Tottel Publishing, 2007, 302p.
- ANDERSON, M., *Technology transfer*, Londen, Butterworths, 2002, 984p.
- BOWDEN, B., "Drafting and negotiating effective confidentiality agreements (with forms)", 41 No. 7 *Prac. Law.* 39.
- CARNEGIE, A.R., "Terminability of contracts of unspecified duration", *The Law Quarterly Review* 1969, 392-414.
- CHITTY, J., *Chitty on contracts*, Londen, Sweet and Maxwell, 2004 en 2008, II dln.
- CLARKE, L., "Breach of confidence and the employment relationship", 31 *Indus. LJ* 353.
- CLAYTON, R. en TOMLINSON, H., *Privacy and Freedom of Expression*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 271p.
- COLEMAN, A., *The Legal Protection of Trade Secrets*, Londen, Sweet & Maxwell, 1992, 149p.
- DUNDAS, H., "Confidentiality in English arbitration: the final word? Emmott v. Michael Wilson & Partners Ltd", *Arbitration* 2008, 74(4), 458-466.
- FURMSTON, M., *Cheshire, Fifoot and Furmston's law of contract*, Londen, Butterworths, 2001, 762p.
- GOULDING, P. (ed.), *Employee competition – Covenants, Confidentiality, and Garden Leave*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 707p.
- GROOM, J., "Are 'Agent' Exclusion Clauses a legitimate Application of the EU Database Directive", *SCRIPTed* 2004, afl. 1:1, 83.
- HARRIS, D.J., O'BOYLE, M. en WARBRICK, C., *Law of the European Convention on Human Rights*, Londen, Butterworths, 1995, 753p.
- HEYDON, J. D., "The frontiers of the restraint of trade doctrine", *The Law Quarterly Review* 1969, 229-251.
- HOLLAND, J. en BURNETT, S., *Employment law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 465p.

- JAFFEY, P., “Disgorgement and ‘licence fee damages’ in contract”, *Journal of Contract Law* 2004, 20 *Journal of Contract Law* 57.
- KERRIGAN, K. en PLOWDEN, Ph., “Corporate Interests and the Privacy Bandwagon”, *Information & Communication Technology Law* 2003, 177-192.
- LEW, J., MISTELIS, L. en KROLL, S., *Comparative International Commercial Arbitration*, Londen, Kluwer Law International, 2003, 953p.
- LEWISON, K., *The interpretation of contracts*, Londen, Sweet & Maxwell, 2007, 628p.
- MATHIAS, P. en POLLARD, S., *The Cambridge Economic History of Europe*, Cambridge, University Press, 1989, VIII, 1243p.
- MATTHEWS, P. en MALEK, H., *Disclosure in Litigation Library*, Londen, Sweet & Maxwell, 2007, 831p.
- MCMEEL, G., *The construction of contracts*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 584p.
- MEHIGAN, S. en GRIFFITHS, D., *Restraint of Trade and Business Secrets*, Londen, Sweet & Maxwell, 1996, 391p.
- MITCHELL, C., *Interpretation of contracts*, Oxon, Routledge-Cavendish, 2007, 160p.
- MUNRO, C., “The Value of Commercial Speech”, *The Cambridge Law Journal* 2003, 134-158.
- OWSIA, P., *Formation of Contract. A comparative study under English, French, Islamic and Iranian Law*, Londen, Graham Trotman, 1994, 621p.
- PEEL, E. en TREITEL, G., *The law of contract*, Londen, Sweet & Maxwell, 2007, 1210p.
- POLLOCK, F., *Principles of contract*, Londen, Stevens & sons, 1950, 610p.
- PRYLES, M., “Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses”, *J. Int. Arb.* 2001, 159.
- RUBINO-SAMMARTANO, M., *International Arbitration Law and Practice*, Londen, Kluwer Law International, 2001, 1058p.
- SAMUEL, A., *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration*, Zürich, Schulthess, 1989, 333p.
- SCHWEBEL, S., *International arbitration: three salient problems*, Cambridge, Grotius, 1987, 303p.
- SIEMS, M., “Disgorgement of profits for breach of contract: a comparative analysis, *Edin. L.R.* 2003, 7 (1), 27.
- SNIJDERS, H., “Privacy of Contract” in ZIEGLER (ed.), K., *Human Rights and Private Law*, Oxford, Hart Publishing, 2007, 105-106.
- STANLEY, P., *The law of confidentiality – A restatement*, Oxford, Hart Publishing, 2008, 169p.
- TOULSON, R. en PHIPPS, C., *Confidentiality*, Londen, Sweet & Maxwell, 2006, 431p.

- WARMINGTON, C., *Stephen's Commentaries on the Laws of England*, Londen, Butterworth, 1950, 461p.
- WORTHINGTON, S. *Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 354p.

## Verenigde Staten

- ALTMAN, L. en POLLACK, M., "Part. IV. Misappropriation of a Competitor's Values. Chapter 14. Trade Secrets" in *Callmann on Unfair Competition, Trademarks and Monopolies*, augustus 2010, §14:33 (2 Callmann on Unfair Comp, Tr. & Mono. § 14:33).
- *American Jurisprudence*, "Contracts. IV. Construction and Effect. E. Time or Place. 1. In General. § 466. Time, generally", Second Edition, juli 2010, 17A Am. Jur. 2d Contracts § 466.
- *American Jurisprudence*, "Contracts. IV. Construction and Effect. E. Time or Place. 1. In General. § 467. Reasonable time", Second Edition, juli 2010, 17A Am. Jur. 2d Contracts § 467.
- *American Jurisprudence*, "Contracts. IV. V. Modification, Extinguishment, and Renewal. C. Rescission, Termination, or Discharge. 1. In General. § 531. Duration and expiration of contract—Contracts of indefinite duration", Second Edition, juli 2010, 17A Am. Jur. 2d Contracts § 531.
- ANDERSEN, E., "A new look at material breach in the law of contracts", 21 U.C. Davis L. Rev. 1073.
- APARICIO SALOM, J., "Industrial property rights: understanding community and Spanish IP practices", 2009 WL 2510878 (ASPATORE).
- ARKEBAUER, E., "Cumulative remedies and election of remedies" in STARK, T. (ed.), *Negotiating and drafting contract boilerplate*, New York, ALM Publishing, 2003, 205-242.
- ARLEN, J. en TALLEY, E., "Unregulable defenses and the perils of shareholder choice", 152 UPALR 557.
- ARROW, K., "Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention" in *The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors*, Princeton, Princeton University Press, 1962, 609-625.
- BAXLEY, W., "Further Assurances" in STARK, T. (ed.), *Negotiating and drafting contract boilerplate*, New York, ALM Publishing, 2003, 605-639.
- BELMAS, G. en LARSON, B., "Clicking away your speech rights: the enforceability of gagwrap licenses", *Communication Law and Policy* 2007, 37-89
- BEN-SHAHAR, O., "An Ex-Ante View of the Battle of the Forms: Inducing Parties to Draft Reasonable Terms", *International Review of Law and Economics* 2005, 350-369.
- BENSON, D. en DANIEL, S., "New race to Tennessee and Georgia courthouses over non-competition agreements", 41-OCT Tenn. B.J. 18.
- *Black's Law Dictionary*, v° Promise

- *Black's Law Dictionary*, v° Proprietary information
- *Black's Law Dictionary*, v° Effective Date
- BLAKE, H., "Employee agreements not to compete", 73 Harv. L. Rev. 625.
- BOWDEN, B., "Drafting and negotiating effective confidentiality agreements (with forms)", 41 no. 7 Prac. Law. 39.
- BRINKLEY, M., "The regulation of contractual change: a guide to no oral modification clauses for North Carolina lawyers", 81 N. C. L. Rev. 2239.
- BROWN, A., "Presumption Meets Reality: An Exploration of the Confidentiality Obligation in International Commercial Arbitration", 16 Am. U. Int'l L. Rev. 969.
- CABRELLI, D., "Post-termination covenants in the spotlight again", 33 Indus. L.J. 167.
- CAVICO, F., "Private sector whistleblowing and the employment-at-will doctrine: a comparative, legal, ethical and pragmatic analysis", 45 S. Tex. L. Rev. 543.
- CHIPMAN GRAY, J., *The rule against perpetuities*, Clark, The Lawbook Exchange, 2003, 714p.
- COLBURN, J., "Don't read this if it's not for you: the legal inadequacies of modern approaches to e-mail privacy", *Minnesota Law Review* 2006, 91 (Minn. L. Rev. 241).
- COPLAN, D., "When is 'best efforts' really 'best efforts': an analysis of the obligation to exploit in entertainment licensing agreements and an overview of how the term 'best efforts' has been construed in litigation", 31 Sw. U. L. Rev. 725.
- *Corpus Juris Secundum*, "Contracts. XIII. Termination or Discharge and Rescission. A. In General. 4. Termination. § 439. Contracts fixing no period of duration", december 2010, 17B CJS Contracts § 439.
- *Corpus Juris Secundum*, "Contracts. XIII. Termination or Discharge and Rescission. A. In General. 4. Termination. § 440. Contracts fixing no period of duration - Implied duration", december 2010, 17B CJS Contracts § 440.
- DWORKIN, T. en CALLAHAN, E., "Buying silence", 36 Am. Bus. L.J. 151.
- EISENBERG, M., "The disgorgement interest in contract law", 105 Mich. L. Rev. 559.
- EISENBERG, M., "The principles of consideration", 67 Cornell L. Rev. 640, 1981-82.
- FALLON, L. en BERG, E., "Announcements" in STARK, T. (ed.), *Negotiating and drafting contract boilerplate*, New York, ALM Publishing, 2003, 427-459.
- FARNSWORTH, A., "On trying to keep one's promises: the duty of best efforts in contract law", 46 U. Pitt. L. Rev. 1.
- FARNSWORTH, E. A., *Farnsworth on Contracts*, New York, Aspen, 2004, III dln.
- FRIEDMAN, D., LANDES, W. en POSNER, R., "Some Economics of Trade Secret Law", *Journal of Economic Perspectives* 1991, 61-72.
- FRIEDMAN, S., "Improving the Rolling Contract", 56 AM. U. L. Rev. 1.

- GODFREY, E., "Inevitable disclosure of trade secrets: employee mobility v. employer's rights", 3 JHTL 161.
- GOLDBERG, V., "The Battle of the Forms: Fairness, Efficiency, and the Best-Shot Rule", 76. Ore. L. Rev. 155.
- GORTON, L., "Best efforts", JBL 2002, MAR, 143-162.
- HABER, S. en SCOTT STORNETTA, W., "How to time-stamp a digital document", *Journal of Cryptology* 1991, 99-111.
- HASKEL, B., "Amendment and waiver" in STARK, T. (ed.), *Negotiating and drafting contract boilerplate*, New York, ALM Publishing, 2003, 505-538.
- HELFER, L., "The new innovation frontier? Intellectual property and the European Court of Human Rights", 49 Harv. Int'l L.J. 1.
- HILL, J., "Trade Secrets, Unjust Enrichment, and the Classification of Obligations", 4 VA J.L. & Tech. 2.
- JANKOWSKI, G., "The inevitable disclosure doctrine – Inability of former employees to perform without disclosing confidential information", 75 PABAQ 34.
- KIRMAN, I., *M&A and Private Equity Confidentiality Agreements Line by Line*, s.l., Thomson, 2008, 111p.
- KLASS, G., "Introduction to the Law of Contracts" in *International Encyclopaedia of Laws – Contracts – National Monographs: USA*, Kluwer Law International, Suppl. 60 (October 2009), 27-46.
- KLASS, G., "Part I. General Principles of the Law of Contract" in *International Encyclopaedia of Laws – Contracts – National Monographs: USA*, Kluwer Law International, Suppl. 60 (October 2009), 63-233.
- KLINE, S. en FLOYD, M., "Managing confidential relationships in intellectual property transactions: use restrictions, residual knowledge clauses, and trade secrets", 25 Rev. Litig. 311.
- KRAUSE, J., "Guarding the Cyberfort: Careless Internet Habits Can Open Your Firm to Malpractice", 39-SPG Ark. Law. 24.
- LEE, J., "The inevitable disclosure doctrine: safeguarding the privacy of trade secrets", 33-OCT COLAW 17.
- LEIBMAN J. en NATHAN, R., "The enforceability of post-employment noncompetition agreements formed after at-will employment has commenced: the 'afterthought' agreement", 60 S. Cal. L. Rev. 1465.
- LEUZZI, P., "Process inventions: trade secret or patent protection", 66 J. Pat. Off. Soc'y 159, 1984.
- LEVIN, J. en BROWN, A., "Severability" in STARK, T. (ed.), *Negotiating and drafting contract boilerplate*, New York, ALM Publishing, 2003, 539-557.
- LONG, L., "Best efforts as diligence insurance: in defense of 'profit uber alles'", 86 Colum. L. Rev. 1728.
- LORD, R., *Williston on Contracts*, West, XXIXdln. (consulteerbaar via Westlaw).

- MCANDREW, E., “City of Cincinnati v. discovery network, inc.: elevating the value of commercial speech?”, 43 Cath. U. L. Rev. 1247.
- MCCAMUS, J., “Disgorgement for breach of contract: a comparative perspective”, 36 Loy. L.A. L. Rev. 943.
- MENDELSON, J., “Calling the boss or calling the press: a comparison of British and American responses to internal and external whistleblowing”, 8 Wash. U. Global Stud. L. Rev. 723.
- *Merriam-Webster Dictionary*, v° Data mining
- MILGRIM, R., *Milgrim on Trade Secrets*, s.l., Matthew Bender, 2006, losbl.
- MILLER, A., “Common law protection for products of the mind: an idea whose time has come”, 119 Harv. L. Rev. 703.
- MILLER, Z., “Best efforts? Differing judicial interpretations of a familiar term”, 48 Ariz. L. Rev. 615.
- MOOTZ, F., “After the Battle of the Forms: Commercial Contracting in the Electronic Age”, *I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society* 2008, 271.
- MOSKIN, M., *Commercial contracts: strategies for drafting and negotiating*, New York, Wolters Kluwer, 2003-2 Supplement, 12, losbl.
- MUNSON, D., “The Patent-Trade Secret Decision: An Industrial Perspective”, 78 J. Pat. & Trademark Off. Soc’y 689, 1996.
- MURRAY, J.E., *Corbin on Contracts Desk Edition*, Newark, LexisNexis, 2009, s.p.
- NICHOLAS, E., “Drafting enforceable non-solicitation agreements in Kentucky”, 95 Ky. L.J. 505.
- PAIGE WHITAKER, L., “CRS Report for Congress. The Whistleblower Protection Act: An Overview”, 12 maart 2007, <http://openocrs.com/document/RL33918/2007-03-12>.
- PARK, R., “Putting the ‘best’ in best efforts”, 73 U. Chi. L. Rev. 705.
- PERILLO, J., *Calamari and Perillo on contracts*, St. Paul, West, 2009, 885p.
- PORTER, G. en BEAUCHAMP, J., “The inevitable disclosure doctrine and its effect on employee mobility”, 44-DEC HOULAW 36.
- PRIVATEAU, G.T., “Putting the blue pencil down: an argument for specificity in noncompete agreements”, 86 Neb. L. Rev. 672.
- QUITTMAYER, P., “Trade secrets and confidential information under Georgia Law”, 19 Ga. L. Rev. 623.
- RAWLS, A., “Contract formation in an internet age”, 10 Colum. Sci. & Tech. L. Rev. 200.
- READ, A., “Dewitt clauses: can we protect purchasers without hurting Microsoft?”, 25 Rev. Litig. 387.
- REIDENBERG, J., “U.S. software protection: problems of trade secret estoppel under international and Brazilian technology transfer regimes”, 23 Colum. J. Transnat’l L. 679.

- Restatement (Second) of Contracts (Rest 2d Contr Gen).
- Restatement (Third) of Restitution & Unjust Enrichment – Tentative Draft (T.D. No. 4, 2005 - Rest 3d Resti).
- REUBEN, R. “Confidentiality in Arbitration: Beyond the Myth”, (2006) 54 U. Kan. L. Rev. 1255.
- RICE, D., “Public goods, private contract and public policy: federal preemption of software license prohibitions against reverse engineering”, 53 U. Pitt. L. Rev. 543.
- ROBERTS, C., “A commonwealth perspective on restitutionary disgorgement for breach of contract”, 65 Wash. & Lee L. Rev. 945.
- ROBERTS, C., “Restitutionary disgorgement as a moral compass for breach of contract”, 77 U. Cin. L. Rev. 991.
- ROTHERMEL, F., “Role of course of performance and confirmatory memoranda in determining the scope, operation and effect of ‘no oral modification’ clauses”, 48 U. Pitt. L. Rev. 1239.
- ROWE, E., “Trade secret litigation and free speech: is it time to restrain the plaintiffs?”, 50 B.C. L. Rev. 1425.
- ROWE, E., “When trade secrets become shackles: fairness and the inevitable disclosure doctrine”, 7 TLNJ TIP 167.
- RUBIN, J., “Television formats: caught in the abyss of the idea/expression dichotomy”, 16 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 661.
- RÜHL, G., “The battle of the forms: comparative and economic observations”, 24 U. Pa. J. Int’l Econ. L. 189.
- SCHALLER, W., “Trade secret inevitable disclosure: substantive, procedural & practical implications of an evolving doctrine”, (Part I) 86 JPTOS 336 en (Part II) 89 JPTOS 411.
- SCHULTZ, R., “Rolling contract formation under the UN Convention on contracts for the international sale of goods”, 35 Cornell Int’l LH 263.
- SERGENT, R., “Do your best with ‘best efforts’: using open contract terms”, 40-APR Md. BJ 49.
- SHORT, J., “Killing the messenger: the use of nondisclosure agreements to silence whistleblowers”, 60 U. Pitt. L. Rev. 1207.
- STAIDL, T., “The enforceability of noncompetition agreements when employment is at-will: reformulating the analysis”, 2 Employee Rts. & Emp. Pol’y J. 95.
- STEMP, K., “A comparative analysis of the ‘battle of the forms’”, 15 Transnat’l L. & Contemp. Probs. 243.
- STEVENS, L., “When Should a Confidentiality Agreement Contain a Time Limit”, *Franchise Law Journal* 1999, 3-5 (19 Franchise L.J. 3).
- SUFFREDINI, B., “Negotiating Residual Information Provisions in IT and Business Process Outsourcing Transactions” in SPRINGSTEEL, I. en KUAN, J. (eds.), *Offshore Business Sourcing: Report On Law & Strategy*, Concord, World Trade Executive, 2004, 155-164.



- SULLIVAN, C., "The Puzzling Persistence of Unenforceable Contract Terms", 70 Ohio St. L.J. 1127.
- TALTON, S., "Mapping the Information Superhighway: Electronic Mail and the Inadvertent Disclosure of Confidential Information", 20 Rev. Litig. 271.
- TAYLOR, S., "Fostering economic growth in the high-technology field: Washington should abandon its recognition of the inevitable disclosure doctrine", 30 SEAULR 473.
- TURNER, R., "Brazil: a practical guide to intellectual property protection", *Business America* 18 januari 1988.
- VOLOKH, E., "Freedom of speech and intellectual property: some thoughts after Eldred, 44 Liquormart, and Bartnicki", 40 Hous. L. Rev. 697.
- WEINRIB, E., "Punishment and disgorgement as contract remedies", 78 Chi.-Kent L. Rev. 55.
- WEINRICH, G. en HART, D., "Protecting trade secrets and confidential information in Georgia", 60 Mercer L. Rev. 533.
- WEINSTEIN, B., "In defense of Jeffrey Wigand: a first amendment challenge to the enforcement of employee confidentiality agreements against whistleblowers", 49 S.C.L. Rev. 129.
- WELLMAN, V., "Essay: the unfortunate quest for magic in contract drafting", 52 Wayne L. Rev. 1101.
- WILLISTON, S., *A Treatise on the Law of Contracts*, Mount Kisco, Baker, 1957, 826p.
- WORONOFF, M. "Confidentiality" in STARK, T. (ed.), *Negotiating and drafting contract boilerplate*, New York, ALM Publishing, 2003, 393-426.

#### Andere rechtsstelsels en internationale publicaties

- BOURGEOIS, M., "La protection juridique de l'information confidentielle economique: étude de droits quebecois et français", *RIDC* 1988, 113-138.
- BYDLINSKI, F., "Zulässigkeit und Schranken 'Ewiger' und extrem langdauernder Vertragsbindung", *Schriftenreihe niederösterreichische juristische Gesellschaft* 1991, afl. 58, 5-38.
- COHEN-JONATHAN, G., "Liberté d'expression et message publicitaire", *Rev. trim. dr. h.* 1993, 69-93.
- DERRINGTON, S., "An illusory distinction – The Australian & English approaches to confidentiality in arbitration: Transfield Philippines Inc. & Ors. V. Pacific Hydro Ltd. & Ors. [2006] VSC 175", (2007) 21 A & NZ Mar LJ 188.
- DE LY, F., "Non-compete clauses in international contracts", *IBLJ/RDAI* 2006, 441-494.
- DI MATTEO, L., *Law of International Contracting*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, 631p.

- DOYLE, S. en WRIGHT, D., “Restitutionary Damages – The Unnecessary Remedy?”, 2001 MULR 1.
- DRAETTA, U., “Pre-contractual documents in merger or acquisition negotiations: an overview of international practice”, *IBLJ/RDAI* 1991, 229-259.
- EDLUND, H., “Termination of Commercial Contracts by giving Notice”, *ERCL* 2008, 15-30.
- EUROPEAN PATENT OFFICE (ed.), *Case Law of the Boards of Appeal*, Brussel, EPO, 2006, 804p. en 2010, 1091p.
- EUROPEAN PATENT OFFICE (ed.), *Directives relatives à l'examen pratiqué à l'office européen des brevets*, 2005, s.p.. ([http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/7ffc755ad943703dc12576f00054cacc/\\$FILE/guidelines\\_2010\\_complete\\_fr.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/7ffc755ad943703dc12576f00054cacc/$FILE/guidelines_2010_complete_fr.pdf)).
- FARIA CORREA, J.A., “Impact of New Trade Secret Laws in Brazil”, *Les Nouvelles* 1998, 170-176.
- FONTAINE, M. en DE LY, F., *Drafting international contracts. An analysis of contract clauses*, Ardsley-on-Hudson, Transnational Publishers, 2006, 653p.
- FONTAINE, M. en DE LY, F., *Droit des contrats internationaux: Analyse et rédaction de clauses*, Brussel, Bruylant, 2003, 715p.
- FONTAINE, M., “‘Best efforts’ ‘reasonable care’, ‘due diligence’ and industry standards in international agreements”, *RDAI* 1988, 983-1027.
- FONTAINE, M., “Les clauses de confidentialité dans les contrats internationaux”, *RDAI* 1991, 3-91.
- FORBIN, G., “How is confidential information to be managed during pre-contractual negotiations?”, *RDAI* 1998, 477-493.
- FOUCHARD, PH., GAILLARD, E. en GOLDMAN, B., *Fouchard, Gaillard and Goldman on International Commercial Arbitration*, Den Haag, Kluwer, 1999, 1280p.
- GORLA, G., “The theory of object of contract in civil law: a critical analysis by means of the comparative method”, 28 Tul. L. Rev. 442 1953-1954.
- GUGLYA, L., *Confidentiality in Enforcement Phase of International Arbitration*, Saarbrücken, VDM, 2008, 66p.
- HENRIQUE DO AMARAL, L., “Overview of the Legal Treatment of Licenses and Technology Agreements in Brazil”, *Les Nouvelles* 2001, 96-101.
- HOWARD, M., “Open Terms Relating to Time in Contracts for the Sale of Goods”, 19 McGill L.J. 224 (1973).
- INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *ICC Model Confidentiality Agreement – ICC Model Confidentiality Clause*, Parijs, ICC, 2006, 20p.
- KAUFMANN-KOHLER, G., *La clause d'élection de for dans les contrats internationaux*, Basel, Helbing und Lichtenhahn, 1980, 227p.
- KIM-HELMS, S., “Review Of Key Clauses In University / Biotechnology Industry Licensing Agreements”, *Les Nouvelles* 2007, 371-382.

- MANES, R. en SILVER, M., *The Law of Confidential Communications in Canada*, Ontario, Butterworths, 1996, 304p.
- MARADAN, C., “Violation de droits de propriété intellectuelle et détermination du préjudice: dommages-intérêts vs. remise du gain”, *Jusletter* 20 augustus 2007.
- MONN, V., *Die Verhandlungsabrede*, Zürich, Schulthess, 2010, 639p.
- MWENDA, K. K., “Banks and the Use of Chinese Walls in Managing Conflict of Duties”, *Web JCLI* 2000, afl. 2 ([webjcli.ncl.ac.uk/2000/issue2/mwenda2.html](http://webjcli.ncl.ac.uk/2000/issue2/mwenda2.html)).
- NAMIKAWA, K., “Problems in Secrecy Agreements”, *Les Nouvelles* 1982, 158-160.
- NEBEL, E., *Les contrats de recherche scientifique et technique*, thesis universiteit Genève, 1973, 201p.
- NEUMAYER, K.-H., “Chapter 12. Contracting Subject to Standard Terms and Conditions” in VON MEHREN, A. (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law. Volume VII Contracts in General*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1999, 109p.
- NOUSSIA, K., *Confidentiality in International Commercial Arbitration*, Berlijn, Springer, 2010, 200p.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, “The knowledge-based economy”, Parijs, OECD, 1996, 46p. (OCDE/GD(96)102).
- RAMSAY, J., “Dreadful Drafting: The Do’s And Don’ts Of Non-Disclosure Agreements”, *Les Nouvelles* 2007, 387-399.
- SCHLOSSER, R., *Le contrat de savoir-faire: étude de droit Suisse*, thesis universiteit Lausanne, 1996, 403p.
- SCHLOSSER, R., “Der Know-how-Vertrag”, *sic! [Zeitschrift für Immaterialgüter -, Informations- und Wettbewerbsrecht]* 1998, 269-280.
- SCHNEIDER, M., *Schutz des Unternehmensgeheimnisses vor unbefugter Verwertung*, Bern, Paul Haupt, 1989, 222p.
- SHAN, H., *The protection of trade secrets in China* in *Max Planck Series on Asian Intellectual Property Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2008, 323p.
- STEELE, G. en THORNICROFT, K., *Employment covenants and confidential information*, Ontario, Butterworths, 2002, 222p.
- STEINER, Ch., *Die Abtretung von Forderungen geheimhaltungspflichtiger Gläubiger*, Bern, Stämpfli, 2001, 214p.
- TANDOGAN, H., *La nullité, l’annulation et la résiliation partielles des contrats*, Genève, Kundig, 1952, 309p.
- TREITEL, G., “Chapter 16. Remedies for Breach of Contract (Courses of Action Open to a Party Aggrieved)” in VON MEHREN, A. (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law. Volume VII Contracts in General*, den Haag, Mouton, 1976, 185p.

- VAN DEN HEUVEL, H., "Civil-Law Consequences of Violation of the Antitrust Provisions of the Rome Treaty", *The American Journal of Comparative Law* 1963, 172-193.
- VON BAR, Ch. en CLIVE, E. (eds.), *Principles, definitions and model rules of European private law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, München, Sellier, 2009, VI dln.
- WAGNER-VON PAPP, F., "European Contract Law: Are No Oral Modification Clauses Not Worth The Paper They Are Written On?", [papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1650501](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1650501).
- WENIGER, O., *La protection des secrets économiques et du savoir-faire (Know-how)*, Genève, Droz, 1994, 326p.
- WORLEY, D., "Remedies for breach of contract in common law jurisdictions" in *Drafting and enforcing contracts in civil and common law jurisdictions*, Deventer, Kluwer, 1986, 121-143.